Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde bei der juristischen Fakultät

der Universität Leipzig

eingereicht von

Walther Georg Kruhöffer,
Referendar in Colmar im Elsaß.

Straßburg i. E.
Buchdruckerei M. DuMont Schauberg.
1909.

Meinen Eltern.

Disposition.

Seite

A. Einleitung. Der Begriff der exceptio doli generalis . . . . 11—16

B. Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse.

I. Wie stellt sich zu der Frage

a) der Gesetzgeber . . . . . 16—22

b) die Reichsgerichtspraxis . . . . . 22—29

c) die Literatur? . . . . . 29—50

II. Welche allgemeine Erwägungen lassen das Weiterbestehen der generellen Doluseinrede als unentbehrlich erscheinen?

a) Die vor 1900 geübte Praxis des Wechselrechtes 50—51

b) Die Lücken im Recht . . . . . 51—56

III. Das Gesetz erkennt seine Unzulänglichkeit selbst an, indem es dem Richter in einer Reihe von Fällen die Rechtsschöpfung überläßt. Das geschieht durch die Verweisung auf

a) das richterliche Ermessen und die gute Sitte . . 56—60

b) auf Treu und Glauben 60

IV. Auf welche Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sich die exceptio doli generalis stützen?

a) Der Begriff von Treu und Glauben

1. im römischen, gemeinen Recht (bona fides) und im allgemeinen Landrecht . . . . . 60—61

2. im Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere der Hinweis auf die Verkehrssitte . . . . . 61—66

b) § 242 in seiner Bedeutung für die exceptio doli generalis . . . . . 66—70

1. die zwingende Natur der Norm von Treu und Glauben gegenüber gesetztem Recht . . . . . 70—74

2. das Verhältnis des § 242 zu § 157 . . . . . 74—76

3. Einwendungen der Gegner gegen die bei Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben dem Richter zuzuweisende Stellung . . . 76—79

Seite

4. Schließt der zwingende Charakter der Vorschrift des § 242 die Zulassung einer Einrede aus? 79—82
5. § 242 muß von dem „Wie“ auf das „Ob“ der Leistung ausgedehnt werden . . . . . 82—84
6. §§ 815, 162, 320 II. in ihrer Bedeutung für unser Thema . . . . . 84—86

C. Schluß: Die hohe Bedeutung der exceptio doli generalis für die Rechtsentwickelung . . . . . 86—87

Literaturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 25. Berlin 1904.
Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 73, 1888. Bd. 100, 1906.
Baehr, Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages.
Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtswissenschaft. Bonn 1892.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1857.
Bülow, Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.
Code civil.
Crome, System des B. G. B., Bd. I und II. Tübingen 1900.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. Jena 1906.
Dernburg, a) Pandekten, Bd. I, 6. Aufl. Berlin 1900.
b) Lehrbuch des B. G. B., 1. Aufl., Bd. I und II. Halle 1902.
3. Aufl., Bd. I. Halle 1906.
Dronke, Die exceptio doli generalis. Dissertation. Berlin 1895.
Deutsche Juristenzeitung 1902 bis 1905.
Eck, Vorträge über das B. G. B., Bd. I. Berlin 1903.
Endemann, a) Handbuch des deutschen Handelsrechtes, Bd. I. Leipzig 1881.
b) Lehrbuch des B. G. B.
1. 3. Auflage, Bd. I. Berlin 1898.
2. 9. Auflage, Bd. I. Berlin 1903.
Enneccerus-Lehmann. Lehrbuch des B. G. B., Bd. I. Marburg 1900.
Engelmann, Lehrbuch des B. G. B., 2. Aufl. Berlin 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 48—62.
Gareis, a) Allgemeiner Teil des B. G. B. Berlin 1900.
b) Wechselordnung, 3. Aufl. München 1901.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des B. G. B., Bd. 46. Berlin 1902.
Hachenburg, Vorträge über das B. G. B., 2. Aufl. Mannheim 1900.
Hartmann, Die Obligatio, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Berlin 1899.
Heilfron, Lehrbuch des B. G. B., Bd. I und Bd. II, 2. Aufl. Berlin 1900.

Hellmann, Vorträge über das B. G. B. Freiburg 1897.

Hölder, Kom. zum allgemeinen Teil des B. G. B. München 1900.

Jacubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B. G. B. München 1902.

Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I und II. 2. Aufl. Berlin 1884.

Iherings Jahrbücher, Bd. 38.

Jung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts. Berlin 1900.

Juristische Wochenschrift 1904 und 1906.

Kritische Vierteljahrsschriften für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 42 und 44.

Koschembahr-Lyskowsky. Die condictio als Bereicherungsklage im römischen Rechte. Weimar 1907.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B., Bd. I und II. Berlin 1900.

Landsberg, Lehrbuch des B. G. B. Berlin 1904.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem B. G. B. Leipzig 1903.

Lenel, Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Heidelberg 1876.

Matthiass, Lehrbuch des B. G. B., Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1900.

Meisner, Kom. zum B. G. B., Bd. I und II. Breslau 1898.

Moses, Die exceptio doli im Wechselrecht. Dissertation. Greifswald 1898.

Motive zum Entwurfe eines B. G. B., Bd. I und II.

Neumann, Handbuch des B. G. B., Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1900.

Oertmann: a) Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

b) Die volkswirtschaftliche Bedeutung des B. G. B. Vorträge. Frankfurt 1900.

Planck, Kom. zum B. G. B., Bd. I und II.

a) 1. Auflage. Berlin 1903.

b) 3. Auflage. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B. G. B., Bd. I.

Regelsberger, Pandekten, Bd. I. Leipzig 1893.

Rehbein, Das B. G. B. mit Erläuterungen, Bd. I und II. Berlin 1899.

Rumpf, Gesetz und Richter. Berlin 1906.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 8 und 14.

Schumacher, Die exceptio doli generalis nach B. G. B. Dissertation. Greifswald 1907.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach B. G. B. Jena 1903.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse im B. G. B. München 1902.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Seuffert, Archiv, Bd. 59.

Stammler: a) Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
b) Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.

Staub, Wechselordnung, 4. Aufl. Berlin 1902.

Staudinger, Kom. zum B. G. B., Bd. I und II. 3./4. Auflage. München 1907.

Stenographischer Bericht des Reichstags 1896.

Striethorsts Archiv, Bd. 16 und 61.

Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 100). Tübingen 1906.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im B. G. B. München 1905.

Windscheid, Pandekten, Bd. I, 9. Aufl. Frankfurt 1903.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt), Bd. 20.

Zitelmann, Die Gefahren des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft. Bonn 1896.

Die actio und exceptio doli sind diejenigen Hilfsmittel des römischen Rechtes, welche dem starren, unhaltbaren Formenwesen des älteren Rechtes seine verderbliche Wirkung nahmen und den Forderungen der Billigkeit einen dauernden Einfluß auf die Rechtsentwicklung sicherten. Beide Institute sind gemeinschaftlichen Ursprungs, sie wurden nämlich vom Praetor im Edikte eingeführt, als es sich herausgestellt hatte, daß die nur beschränkt zugelassenen iudicia bonae fidei und die bei der Stipulation und sonstigen strengformalen Geschäften zur Verhinderung von Schwindeleien üblichen Klauseln, wie: „dolum malum abesse afuturumque esse“[1]) zum Schutze des gefährdeten Kontrahenten keineswegs ausreichten. Sind nun auch die actio und die exceptio doli gleichzeitig und aus gemeinsamer Wurzel entstanden, so haben sie doch in ihrer Entwicklung nicht gleichen Schritt gehalten.

Die actio doli wurde gegeben, wenn der Kläger behauptete, er sei von seinem Gegner hinterlistig getäuscht, betrogen pp. worden, und war auf Schadenersatz gerichtet. In der exceptio doli aber hat der Begriff des dolus durch die Praxis eine freiere Auffassung, und damit das Institut selbst eine weitergehende Anwendung gefunden als die gleichnamige actio. Ursprünglich war allerdings die exceptio doli wohl nur das bloße Gegenstück zu letzterer, wofür wir Anhaltspunkte

---

[1]) l. 4 pr. I. 83, l. 121 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

finden bei Gaius IV. 119, wo es heißt: „si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat“. In diesem Falle hatte dann der Beklagte die Wahl, ob er sich verurteilen lassen und dann gegen seinen dolosen Gegner selbst klageweise wegen Betrugs pp. (actio doli) vorgehen, oder ob er dem Klagebegehren sofort mit der exceptio doli entgegentreten wollte. Er wird natürlich die exceptio doli vorgezogen haben. In diesem eben erwähnten Sinne wird die exceptio doli von den Neueren exceptio doli specialis, die eigentliche exceptio doli, genannt im Gegensatze zu der exceptio doli generalis, deren Entwickelung wir nunmehr kurz verfolgen wollen.

Mit der zunehmenden Kompliziertheit der Verkehrsverhältnisse erwies sich allmählich auch die actio und die dieser im Obligationenrecht entsprechende sogenannte exceptio doli specialis als nicht mehr ausreichend, um das Recht mit dem Rechtsempfinden und den Bedürfnissen des Verkehrs in Einklang zu halten. Daher ergriffen die römischen Juristen in einer ausdehnenden Bestimmung des Dolusbegriffes die Einrede als erwünschte Gelegenheit, um die Härten des strengen Rechtes überhaupt zu mildern und jeden, dem verfeinerten und sich verfeinernden Rechtsgefühl widersprechenden, also als Rechtsmißbrauch erscheinenden, Rechtsgebrauch zu bekämpfen.

So lehrt Papinian l. 1 § 12 D. de doli mali et metus exceptione 44, 4:

„qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est“,

und sein Schüler Paulus sagt eodem l. 1 § 1:

„ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris contra naturalem aequitatem prosit“.

Jedoch fand diese exceptio, wie besonders die Wendung

„ne cui dolus suus“ in der letztzitierten Stelle beweist, nur in solchen Fällen Anwendung, wo der Kläger von den Umständen, die sein Klagbegehren als „contra naturalem aequitatem“ erscheinen ließen, Kenntnis hatte, also wider seine bessere Überzeugung klagte. Allmählich wurde der Begriff des dolus aber noch mehr erweitert. Schon Gaius nennt l. 42 D. eodem denjenigen tadelnswert, der einen objektiv unhaltbaren Rechtsanspruch verfolgt, weil es seine Pflicht gewesen wäre, sich vorerst über die näheren Umstände fleißig zu unterrichten. Jedoch geht er nicht so weit, dem Kläger deshalb einen dolus beizumessen. Das tut aber Ulpian l. 36 D. de verb. obl. 45, 1, wo es sich um eine wegen grober Beeinträchtigung ungültige Stipulation handelt. Er meint, daß hier dem Kläger, wenn er auch bei der Stipulation nicht gerade auf Betrug ausgegangen sei, dennoch die exceptio doli entgegengehalten werden könne. Ulpian sieht sogar (und seinem Beispiel folgte die gesamte römische Jurisprudenz) auch von dem Erfordernis der wissentlich ungerechten Klage ab und erklärt die exceptio doli in allen den Fällen für zulässig, wo nur „res ipsa in se dolum habet“, d. h. wo das Klagebegehren objektiv gegen die bona fides verstößt:

„si quis, cum aliter eum convenisset obligari aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio, idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.“

Weiter lesen wir l. 2 § 3 D. de doli et metus exceptione 44, 4:

„si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, nihil dolo malo admiserit, tamen

dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere".

Schließlich möge uns noch l. 2 § 5 eodem zu zitieren verstattet sein:

„dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose."

Das ist nun die sogenannte exceptio doli generalis, ein allgemeines Schutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche unter Verletzung der Billigkeit und durch allzuweit gehende Strenge in der Anwendung der Rechtssätze geschehen können. Sie ermächtigte, wenn in die formula eingefügt, den römischen Richter, alle Umstände zu berücksichtigen, welche eine Verurteilung des Beklagten als sachlich ungerechtfertigt erscheinen ließen. Darum gibt es auch so ziemlich keine exceptio im römischen Privatrecht, die uns nicht bei dem einen oder anderen römischen Juristen in der Gestalt der exceptio doli, speziell der exceptio doli generalis begegnete. Ulpian drückt das l. 2 § 5 eodem so aus:

„generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem."

Auf diese Stelle und namentlich auf l. 4 § 33 eodem:

„metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis", ...

ist es zurückzuführen, daß die Neueren von einer exceptio doli generalis sprechen. Daß aber diese Bezeichnung nicht gerade glücklich gewählt ist, hat in der Literatur schon verschiedentlich Hervorhebung gefunden, so z. B. bei Wendt, Schneider und Römer.[2]) Insbesondere soll doch in der letztzitierten Stelle

---

[2]) Wendt, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 100, S. 9 ff. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, S. 30. Römer, Goldschmidts Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. Bd. 20, S. 59, Anm. 14a.

„generalis“ wohl nur bedeuten, daß der dolus der allgemeinere, umfassendere, auch den metus in sich enthaltende Begriff sei, nicht aber daß innerhalb der exceptio doli zu unterscheiden sei eine exceptio generalis und eine exceptio specialis, welch letzterer Begriff überhaupt noch weniger quellenmäßig ist wie der erste. Ebenso darf man auch nicht von einem dolus specialis gegenüber einem dolus generalis sprechen wollen, denn man läuft sonst Gefahr, das Wesen des dolus zu verkennen, das doch stets nur in den allgemeinsten Ausdrücken bestimmt werden kann. Wenn überhaupt eine Unterscheidung gemacht werden soll, so wäre es richtiger, für die einheitliche exceptio doli den dolus praesens dem dolus praeteritus gegenüber zu stellen. Das ergibt sich eigentlich mit Notwendigkeit schon aus der Formel der exceptio doli (Gaius IV. 119): „si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat“.

Aber die Frage nach der Terminologie der exceptio doli generalis, wie wir sie weiter nennen wollen, ist im Vergleich zu der materiellrechtlichen Bedeutung des Institutes nur eine ganz untergeordnete. Der Streit um das Wort kann uns nicht dauernd interessieren, wohl aber der um den Inhalt dieser exceptio und um ihre rechtliche Existenz überhaupt. Es gibt wohl keinen Schriftsteller, der ihre Geltung für das römische Recht leugnen wollte, ob aber ihre Geltung auch auf das gemeine Recht sich erstreckte, diese Frage wurde von einem Teile der gemeinrechtlichen Literatur ebenso entschieden verneint, wie von einem anderen bejaht. Aber schließlich ist jenes Institut für das gemeine Recht doch ziemlich allgemein anerkannt worden.[3]) Über den Standpunkt der gemeinrecht-

[3]) Vgl. Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Schluß. Dronke, Die exceptio doli generalis, Diss. S. 113. Wendt a. a. O., S. 18 usw.

lichen Praxis vollends ist kein Zweifel möglich. Aus Seufferts Archiv sowie den Entscheidungen des Reichgerichtes [4]) ergibt sich unzweifelhaft, daß dieses Institut als geltendes Recht angewandt wurde, so daß wir mit Fug und Recht von einer gemeinrechtlichen exceptio doli generalis sprechen können.

Seit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches nun ist der Kampf um die generelle Doluseinrede mit Beziehung auf das heutige Recht von neuem aufgelebt und hat eher eine Verschärfung als eine Abschwächung erfahren.

Bevor wir unsererseits auf die Frage näher eingehen, ob die exceptio doli generalis auch noch dem Bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber verteidigt werden kann, sei zunächst zwecks Beleuchtung der Stellungnahme des Gesetzgebers ein Blick auf die Vorarbeiten zu diesem Gesetze geworfen, wobei allerdings, wie Schneider sehr richtig bemerkt,[5]) die Ausbeute nur gering ist.

Der Entwurf kennt die exceptio doli generalis nicht. Die erste Lesung der Kommission stellte sich auf den Standpunkt, daß eine selbständige Einrede des Betruges nicht existiere,[6]) sogar die gegenwärtig durch § 823 perpetuierte Einrede der unerlaubten Handlung war nicht anerkannt worden.[7]) In der zweiten Lesung der Kommission wurde der Antrag eingebracht, zugleich mit dem beschränkten Chikaneverbot auch die exceptio doli generalis anzuerkennen und als § 185[a] nachstehende Vorschrift aufzunehmen.

„Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er

---

[4]) Vergleiche die Zusammenstellungen bei Wendt a. a. O., S. 19 zur Ergänzung der in Windscheids Pandekten aufgezählten gemeinrechtlichen Entscheidungen des Reichsgerichtes. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 145, Anm. 1 usw.

[5]) Schneider a. a. O., S. 25.

[6]) Motive I. S. 292.

[7]) Motve II. S. 755 ff.

geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt".

eventuell:

„Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellt, daß die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringen werde."

Die Kommission lehnte den Hauptantrag ab, worauf der eventuelle Antrag zurückgezogen wurde.

Zugunsten eines beschränkten Chikaneverbotes und der Anerkennung der exceptio doli generalis wurde, was insbesondere letztere anbelangt, bei den Verhandlungen von dem Antragsteller folgendes ausgeführt:[8])

„Der Antrag bezwecke die Anerkennung der exceptio doli generalis und suche der Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der aequitas gegenüber dem formellen Rechte dienliches Mittel an die Hand zu geben. Das Bedürfnis der exceptio doli generalis ergebe sich daraus, daß das Gesetz nicht imstande sei, die Voraussetzungen des subjektiven Rechtes derartig zu normieren, daß die Geltendmachung desselben nicht doch im Einzelfalle einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Für die Fassung der hiernach allgemeinen Vorschrift biete schon der Entwurf selbst Anhaltspunkte in den §§ 106 und 705 (§§ 138 und 826 B. G. B.). Freilich lasse sich nicht verkennen, daß durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhaltes dem Richter eine sehr weitgehende Machtvollkommenheit eingeräumt werde, indessen dürfe man zu der Gerechtigkeit des deutschen Richters das Zutrauen haben, daß er von dieser Machtvollkommenheit den rechten Gebrauch machen werde;

---

[8]) Prot. I. S. 239, 240.

ohne dieses Zutrauen seien auch die §§ 106 und 705 nicht zu rechtfertigen. Die Besorgnis, daß die vorgeschlagene Bestimmung zahlreiche erbitterte Prozesse zur Folge haben werde, sei nach den bisherigen Erfahrungen nicht begründet. Die Beschränkung des Chikaneverbotes auf chikanöse Geltendmachung von Ansprüchen genüge dem Bedürfnisse und ermögliche die Zusammenfassung desselben mit der Anerkennung der exceptio doli generalis, welche auf dem gleichen Grundgedanken beruhe.

Von anderer Seite wurde der Antrag mit dem Hinweise darauf unterstützt, daß es sich empfehle, durch eine Vorschrift der vorgeschlagenen Art die Neigung des Richterstandes zu einer lediglich den Buchstaben des Gesetzes zur Geltung bringenden Rechtsprechung entgegen zu wirken".

Bei Ablehnung des Antrags wurden folgende Erwägungen ins Feld geführt: durch die exceptio doli generalis „werde in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt. Dem Zwecke jener exceptio geschehe im Entwurfe insbesondere schon Genüge durch § 359.[9]) Vielfach handle es sich bei der Annahme eines Gegensatzes zwischen dem formellen Rechte und der Billigkeit in Wahrheit um eine zu enge Auslegung rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmungen. Aus § 106 sei für die beantragte Bestimmung kein Argument zu entnehmen, denn es sei ein wesentlicher Unterschied, ob es sich

---

[9]) Der § 359 E. I. lautet: „Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt" und verschmolzen mit § 224 E. I.: „Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Er haftet . . ." führte er zur Aufstellung der §§ 242 und 157 B. G. B.

erst darum handle, einem Tatbestande rechtliche Anerkennung zuteil werden zu lassen, oder ob die Ausübung einer rechtlich anerkannten Befugnis in Frage stehe".

Trotzdem, wie erwähnt, der § 185[a] in der Kommission gefallen war, entschloß sich der Reichstag zuletzt doch zur Aufnahme eines allgemeinen Chikaneverbotes (§ 226 B. G. B.), während es bezüglich der allgemeinen Einrede der Arglist bei dem ablehnenden Beschlusse der Kommission blieb, und daher eine Zulassung derselben in die Rechtsordnung nicht stattfand.

Aber es scheint, als ob selbst die Kommission zuletzt in ihrer Meinung schwankend geworden sei.

Diese unsere Ansicht stützt sich auf den stenographischen Bericht[10]) der Reichstagssitzung vom 20. Juli 1896, in welcher der Abgeordnete Dr. jur. von Dziembowsky-Pomian bei der zweiten Beratung des Entwurfes zu § 236 (§ 242 B. G. B.) wörtlich ausführte:

„Ich habe bei der zweiten Lesung der Kommission folgenden Antrag zu dem § 236 gestellt: „Der Verpflichtete kann einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen, die nach dem eigenen Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt". Ich wollte mit anderen Worten im Gesetzbuche eingefügt haben die exceptio doli generalis, die Einrede der Arglist. Gegenüber diesem Antrage wurde von seiten der Vertreter der verbündeten Regierungen ausgeführt, daß die Annahme desselben sich aus dem Grunde nicht empfehle, weil das Bürgerliche Gesetzbuch bereits auf dem Standpunkte basiert sei, was sich aus verschiedenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergebe."

---

10) Stenographischer Bericht der Reichstagszeitung vom 20. Juli 1896. S. 2772 ff.

Dr. von Dziembowsky fuhr fort: er bedauere, daß sein Antrag sowie die hierauf erfolgten Erklärungen der Regierungsvertreter in dem von der Kommission dem Reichstage eingereichten Berichte (vergl. S. 32—34)[11]) nicht Aufnahme gefunden hätten. Er fühle sich daher verpflichtet, „diese Frage im Reichstage nochmals zu erörtern" und auch „eine Feststellung durch den stenographischen Bericht zu provozieren", weil es sich nach seinem Dafürhalten hier „um eine Frage von ganz erheblicher Tragweite handele". Er habe sich zu seinen Darlegungen besonders dadurch veranlaßt gesehen, daß bereits jetzt schon in der Literatur Zweifel auftauchten (Eck, usw.), ob die exceptio doli generalis in dem Entwurfe rezipiert sei oder nicht.

Auf diese Ausführungen Dziembowskys erwiderte der Berichterstatter nur, ohne das von dem Abgeordneten vorgebrachte irgendwie zu beanstanden, „er würde, wenn derselbe ihm gegenüber bemerkt hätte, daß er eine Aufnahme über diesen Punkt in den Bericht wünsche, dem sehr gern Genüge geleistet haben". Ein Widerspruch gegen die Auffassung des Abgeordneten wurde auch von anderer Seite nicht geäußert. Wir können uns daher dem Eindruck nicht verschließen, daß, wenn nicht zufällig eine Diskussion unterblieben wäre, dem Antrage des Abgeordneten von Dziembowsky vielleicht doch stattgegeben, und damit die generelle Doluseinrede ausdrücklich in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden wäre.

Meisner[12]) geht sogar noch weiter. Aus der Aufnahme

---

[11]) Der Berichterstatter Dr. Enneccerus hatte die Kommissionssitzung vorzeitig verlassen müssen, um einer Abstimmung im Abgeordnetenhause beizuwohnen. Das war auch wohl der Grund, weshalb über den Antrag von Dziembowsky in der Kommission eine Abstimmung nicht stattfand.

[12]) Meisner, Kom. zum Recht der Schuldverhältnisse. S. 3ff. (zu § 242).

des Verbotes der Chikane (§ 226 B. G. B.), das jeder Rechtsausübung ihre innere, durch Treu und Glauben geforderte Schranke setzt, und der Tatsache, daß die erwähnten Erklärungen der Regierungsvertreter im Reichstag keinen Widerspruch gefunden haben, folgert er, man müsse letztere als vom Reichstag stillschweigend genehmigt ansehen und daher annehmen, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein allgemeiner Schutz gegen arglistiges Verhalten (exceptio doli generalis) stattfinden solle.

Zu einem ähnlichen Resultate gelangt Wendt,[13]) wenn auch auf anderem Wege. Er verweist auf die vorerwähnte Stelle der Protokolle,[14]) wo trotz Ablehnung des Antrages um Aufnahme unserer Einrede ausgeführt sei, dem Zwecke jener exceptio geschehe im Entwurf schon Genüge durch den § 359 (den heutigen § 242 verbunden mit § 157 B. G. B.). Daraus schließt Wendt, und er dürfte darin nicht ganz Unrecht haben, man könne jene Stelle nur so deuten, „daß sachlich gegen die exceptio doch nichts einzuwenden und nur eine formulierte Anerkennung nicht vonnöten sei, weil ohnehin aus dem Grundsatz von Treu uud Glauben schon das Erforderliche sich ergebe". Dem Gewicht jenes Bedenkens kann selbst Schneider,[15]) der vielleicht entschiedenste Gegner der allgemeinen Einrede der Arglist, sich nicht verschließen und legt er sich daher die fragliche Stelle künstlich so zurecht, § 359 genüge den Anforderungen der exceptio doli generalis, soweit sie berechtigt seien. Das bringt uns aber offenbar auch keinen Schritt weiter, und es ist bemerkenswert, daß Planck,[16]) „der doch gewissermaßen als der authentische

---

13) Wendt a. a. O., S. 21.

14) Protokolle S. 240 oben zitiert, S. 18.

15) Schneider a. a. O., S. 27, Anm. 36.

16) Planck, Kom. zum B. G. B., erste Auflage zu § 242.

Zeuge für die Auffassungen und den Geist der zweiten Kommission angesehen werden darf", sagt, die Norm des § 242, wonach für alle Schuldverhältnisse entscheidend sei, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, entspreche ganz dem Gedanken, der der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis zugrunde liege, so daß die bisherige Theorie und Praxis in dieser Beziehung auch bei Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches nutzbar gemacht werden könne.

Und, daß unsere heutige Praxis wirklich in den Bahnen der bisherigen wandelt, lehrt uns ein Blick in die Rechtsprechung.

Zwar ist bezüglich der Ansichten der Instanzgerichte über diese Frage wenig in die Öffentlichkeit gedrungen, aber das Reichsgericht hat dazu unzweideutig Stellung genommen in einer ganzen Reihe von Entscheidungen. Eine Durchsicht derselben läßt erkennen, daß unser oberster Gerichtshof sich durch die gesetzgeberischen Verhandlungen nicht hat einengen lassen, sondern auch nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches an der exceptio doli generalis, wie das gemeine Recht sie angewandt hatte, als geltendem Rechte festgehalten, und ihr sogar einen ziemlich weiten Spielraum gelassen hat.

Wenn wir im folgenden die wichtigsten einschlägigen Urteile des Reichsgerichts anführen, so kommt es uns vorläufig weniger darauf an, welche Begründung dasselbe im einzelnen Falle gibt, insbesondere auf welche Paragraphen es sich jeweils stützt, sondern wir wollen ganz im allgemeinen feststellen, daß unser oberster Gerichtshof die Anwendbarkeit dieses Institutes auch für das heutige Recht bejaht.

Zunächst verdient ein Urteil in Bd. 58, Nr. 90 hervorgehoben zu werden, welches in der offiziellen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen überschrieben ist:

„Inwiefern läßt sich aus dem Bürgerlichen

Gesetzbuch ein der sogenannten exceptio doli generalis des gemeinen Rechtes entsprechender Rechtsbehelf ableiten?“

Die Frage wird in den Gründen folgendermaßen beantwortet:

„Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält . . . . . freilich keine allgemeine Bestimmung über die Einrede der Arglist, wodurch dieser eine Stellung in gleichem Umfange, wie nach dem früheren gemeinen Rechte, ausdrücklich gesichert würde. Es kann dahingestellt bleiben, wie weit § 138, Abs. 1 oder § 242 B. G. B. zu dem gleichen Ergebnisse führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle von der Art des vorliegenden aus § 826 in Verbindung mit § 249 B. G. B. Da der Kläger durch Mitwirkung an der Untreue des K. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Beklagten vorsätzlich Schaden zugefügt hat, daß dieser ihm aus der Bürgschaft für die 3000 Mk. haftet, so muß er dem Beklagten nach § 826 diesen Schaden ersetzen, und zwar nach § 249 vor allem dadurch, daß er seinen Anspruch nie geltend macht. Daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche eine solche Einrede gegen einen durch eine unerlaubte Handlung erlangten Anspruch begründet ist, ergibt sich auch aus § 853 desselben . . . . . .“

Sodann sei es gestattet, eine Entscheidung vom 30. Juni 1904, veröffentlicht in der Jur. Wschr., 1904, S. 482, anzuführen:

„Jedenfalls hat das Reichsgericht schon mehrfach in ganz entsprechend liegenden Fällen nach älterem Recht die Einrede der Arglist für begründet erklärt; vergl. z. B.: R. G. E., Bd. 5, S. 7; Bd. 43, S. 165 ff. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält nun freilich keine allgemeine Bestimmungen über die

Einrede der Arglist, wodurch dieser eine Geltung in gleichem Umfange, wie nach dem früheren gemeinen Rechte, ausdrücklich gesichert würde. Es kann dahingestellt bleiben, wie weit § 138, Abs. 1, oder § 242 B. G. B. zu dem gleichen Ergebnisse führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle von der Art des vorliegenden aus § 826 in Verbindung mit § 249 B. G. B.“

Verwiesen sei an dieser Stelle auf Fall 103, Bd. 48, R. G. E., mitgeteilt in der Jur. Wschr., 1904, S. 53, Nr. 4, sowie auf eine von Rehbein in der D. Jur. Zeit., 1905, Nr. 23 besprochene Entscheidung vom 14. Oktober 1905, zitiert auch bei Wendt a. a. O., S. 1 und S. 305 ff.

Bei letzterer handelt es sich um folgenden Tatbestand:

Eine gewisse Frau H. klagte gegen den Rechtsanwalt L., während dessen Abwesenheit in Afrika, eine ihr angeblich gegen jenen zustehende Forderung ein, erlangte die Bewilligung der öffentlichen Zustellung und nahm Versäumnisurteil. Nach seiner Rückkehr erhob L. seinerseits gegen die H. Klage, anzuerkennen, daß ihr aus dem Judikate keine Rechte zustünden, da die eingeklagte Forderung sich auf ein wucherisches Geschäft gründe. Inzwischen bewirkte er, nachdem er glaubhaft gemacht hatte, die von Frau H. eingeklagte Forderung stütze sich, wie jener wohl bekannt, auf ein wucherisches und daher nichtiges Geschäft, und daß Frau H. ferner die Bewilligung der öffentlichen Zustellung und damit das Versäumnisurteil auf Grund unrichtiger Behauptungen erschlichen habe, und zwar zu einer Zeit, wo, wie sie gewußt habe, L. von der Zustellung keine Kenntnis erhalten konnte, eine einstweilige Verfügung, wonach der H. die Betreibung der Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Versäumnisurteil bis zur endgültigen Entscheidung des von L. angestrengten Prozesses untersagt wurde. Diese Verfügung wurde von der H. angegriffen und

beschäftigte alle Instanzen bis zum Reichsgericht. Dieses wies die Revisionsklägerin H. ab mit folgender Begründung:

Unter der Voraussetzung, daß im Hauptprozesse erwiesen werde, was L. (wie oben ausgeführt) zur Rechtfertigung seines Antrages auf Erlaß der einstweiligen Verfügung glaubhaft gemacht habe, sei für Frau H. ein rechtswirksamer Anspruch garnicht entstanden, weil demselben ein nichtiges Geschäft zugrunde liege, das keinen Anspruch auf Leistung, sondern auf Rückforderung des Geleisteten begründe. So sei dem L. dem Judikat gegenüber der Nachweis zu gestatten, daß es auf nichtigem Geschäft beruhe. Das ganze Verhalten der H., fährt das Reichsgericht fort, sei ein „arglistiges, rechtswidriges, gegen die guten Sitten, zu unlauterem Zwecke, welches gemeinrechtlich die actio doli und jetzt die Anwendung des § 826 begründe". Die Wirkung der Rechtskraft falle dem gegenüber fort, denn: „Die Wirkung der Rechtskraft müsse zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht, den Stempel des Rechts zu geben."

Auf diese Entscheidung legt Wendt,[17]) der energische Vorkämpfer der exceptio doli generalis, ganz besonderes Gewicht und bemerkt zu derselben wohl mit Recht, es sei auffällig, daß das doch eigentlich in der Luft liegende und nach der im übrigen ja bekannten Haltung des Reichsgerichtes fast zu erwartende Wort von der exceptio doli generalis nicht gefallen sei, denn es handle sich bei jenen Erörterungen doch sicherlich um nichts anderes, als daß auch der Betrieb von Zwangsvollstreckungsmaßregeln noch dem Vorwurf des dolus in agendo ausgesetzt sein könne.

Hierher gehört auch ein Urteil vom 9. Dezember 1905, Bd. 62, S. 138:

---

17) Wendt a. a. O., S. 307.

„Das Reichsgericht hat bereits wiederholt ausgesprochen, daß der § 826 illoyalen Schädigungen im Verkehrsleben wirksam entgegen zu treten bestimmt ist und daher auch auf eine in Ausübung eines formalen Rechtes vorgenommene Handlung, falls diese dem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt, Anwendung finden muß. Vgl. R. G. E., Bd. 48, S. 124; Bd. 55, S. 372; Bd. 58, S. 219."

In Nr. 56 von Bd. 58 wird gleichfalls eine Einrede aus § 826 B. G. B. hergeleitet, dessen Geltung

„sich nicht auf die Fälle beschränke, in denen jemand kraft allgemeiner Willensfreiheit eine wider die guten Sitten verstoßende Handlung begehe, sondern auch dann Platz greife, wenn die Handlung an sich zwar lediglich Ausübung eines dem Handelnden zustehenden Rechtes sei, die Art der Rechtsausübung aber, sofern sie mit dem Bewußtsein erfolge, daß dadurch ein anderer geschädigt werde, sich als ein Verstoß wider die guten Sitten darstelle."

Es sei zwar — so heißt es weiter — in den einzelnen Handlungen des Klägers für sich allein betrachtet, insbesondere in dem hartherzigen Vorgehen des Klägers in der Schuldbeitreibung, noch nicht der Tatbestand eines Verstoßes wider die guten Sitten zu sehen, die gesamten Vorgänge aber als eine fortgesetzte Handlung aufzufassen, die in der Gesamtheit ihrer Einzelheiten gegen die zitierte Gesetzesvorschrift verstoße, und darin eine die Anwendung derselben rechtfertigende Niedrigkeit und Gemeinheit der Gesinnung zu sehen, die über ein bloß unanständiges Verhalten hinausgehe.

Ferner wollen wir ein in Bd. 62, S. 302 angeführtes Urteil nicht unerwähnt lassen, wo das Reichsgericht die exceptio doli generalis ebenfalls ausdrücklich als einen selbstverständlichen Rechtsbehelf anerkennt:

„Es reicht zur Annahme eines arglistigen Verschweigens

des Fehlens einer Eigenschaft nicht ein bloß fahrlässiger Verstoß gegen Treu und Glauben zu, der etwa zur Rechtfertigung einer gemeinrechtlichen exceptio doli generalis geeignet wäre . . . . . .“

Wichtiger noch ist eine weitere Entscheidung vom 17. Dezember 1903; sie ist mitgeteilt in Seuff. Arch., Bd. 59, S. 258; Jur. Wschr., 1904, S. 89; D. Jur. Zeit., 1904, S. 314 und wird auch im Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 14, S. 204 unter der Überschrift: „exceptio doli generalis“ angeführt.

„Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die betrügliche Täuschung ausdrücklich als Grundlage der Anfechtung eines durch sie veranlaßten Rechtsgeschäftes in den §§ 123, 124; insofern sie zugleich eine Rechtsverletzung nach § 823 oder einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 darstellt, wird sie ferner die Grundlage eines Schadenersatzanspruches. Daß sie zugleich im Sinne der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis eine Einrede begründe, mittels deren der Schuldner die Erfüllung einer durch sie beeinflußten Schuld an den Urheber der Täuschung ablehnen könne, ist freilich im Bürgerlichen Gesetzbuche nirgends ausgesprochen. Allein das Bürgerliche Gesetzbuch stellt für den Inhalt der Rechtsgeschäfte wie für deren Erfüllung den Grundsatz von Treu und Glauben auf (§§ 157, 242), es betont damit, daß aller Rechtsverkehr unter der Herrschaft der bona fides stehen müsse, daß das Recht aufhöre Recht zu sein, wo es mißbraucht werde, und daß im Rechtsverkehr jeder sich auf die Ehrlichkeit und Anständigkeit des Mitkontrahenten müsse verlassen können. Von diesen Grundsätzen aus müsse es dem Schuldner gestattet sein, gegen die Inanspruchnahme aus einer Schuld unter Berufung auf die Arglist des Gläubigers sich zu wehren — als Einrede der Arglist mit dem Ziel

auf Klageabweisung —, wenn die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers nicht, oder nicht so, wie sie geltend gemacht wird, bestehen würde."

Ganz besonders deutlich kennzeichnet das Reichsgericht seinen Standpunkt in Bd. 53, Nr. 104, wo es sagt:

„Man soll dem Beklagten nicht die auch dem Bürgerlichen Gesetzbuche nach § 242 nicht fremde Einrede der Arglist abschneiden . . . . . ."

Weitere einschlägige Entscheidungen finden sich R. G. E., Bd. 62, S. 137 ff., S. 148 ff., S. 264 ff., S. 300 ff. und im Urteil vom 20. Oktober 1906, veröffentlicht in Jur. Wschr., 1906, S. 784 usw.

Zum Schluß sei noch die für unser Thema besonders wichtige, in der Jur. Wschr. 1904, S. 555 mitgeteilte Entscheidung vom 17. September 1904 hervorgehoben, in welcher die exceptio doli generalis ebenfalls als geltendes Recht anerkannt, und dem Beklagten, welchem der § 1165 B. G. B. wegen Nichtvorhandensein eines Verzichtes auf die Hypothek nicht zur Seite stand, mit dieser exceptio zum Rechte verholfen wird. Es heißt dort:

„Steht hiernach dem Beklagten der § 1165 nicht zur Seite, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß ihm die exceptio doli generalis zustatten kommt. Daß mit den im § 1165 bezeichneten Verfügungen des Gläubigers diese Einrede nicht erschöpft sein soll, ist ohne weiteres anzunehmen, da nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Grundsatz allgemein in Geltung ist, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, und daß nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden darf, mag dies auch nur in einzelnen Bestimmungen wortdeutlich hervortreten (vgl. §§ 136, 157, 162, 242, 320, 815, 817, 826). Es wäre deshalb nicht unzulässig, die Befreiung des Schuldners von

seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit auch da eintreten zu lassen, wo der Gläubiger durch sein Verhalten absichtlich die rechtliche und wirtschaftliche Lage seines Schuldners verschlechtert hat."

Hören wir nun, was die Theorie zu unserer Frage sagt.

Leider wird ein ausführliches, teilweise wörtliches Zitieren der Schriftsteller sich nicht umgehen lassen. Zwar finden sich schon brauchbare Zusammenstellungen bei Schneider, Weyl und in einer Dissertation von Schumacher.[18]) Aber dieselben sind entweder von vornherein unvollständig, so hat z. B., abgesehen von einer Reihe von anderen Autoren, das fundamentale Werk Wendts von 1906 in der letztgenannten, 1907 erschienenen Schrift von Schumacher sonderbarerweise keine Erwähnung gefunden, oder sie sind infolge ihres älteren Datums es allmählich geworden. Bei der außerordentlichen Tragweite der von uns zu behandelnden Frage bedarf es aber einer möglichst vollständigen Übersicht sowohl über die ältere wie über die neuere einschlägige Literatur, wie es auch zweckmäßig schien, die die Stellung des Reichsgerichtes zu der Streitfrage charakterisierenden Entscheidungen eingehend anzuführen. Zudem halten wir es der Übersichtlichkeit halber für vorteilhafter, die in Betracht kommende Literatur, soweit möglich, zusammen zu zitieren und an geeigneter Stelle darauf zurück zu verweisen, als unsere gesamten Ausführungen durch Zitate zu unterbrechen.

Schon während der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuche, als es sich noch darum handelte, was in den Gesetzestext aufzunehmen sei und was nicht, streifte Eck (1896),[19]) wohl

---

[18]) Schneider a. a. O., S. 45—87.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im B. G. B., S. 465.
Schumacher, Die exceptio doli generalis nach B. G. B. Diss. S. 18.

[19]) Eck, Vorträge, 1. Auflage, S. 49.

als erster, die Frage, ob man auch ohne offizielle Zulassung im Gesetze die gemeinrechtliche exceptio doli generalis ferner verwenden dürfe, und er bejahte diese Frage seinerseits mit der Begründung, dieselbe gelte, „auch ohne positive Anerkennung gleichsam von Gottes Gnaden". Die hiermit gegebene Anregung fand aber in der Theorie zunächst nicht den nötigen Widerhall, und die Ausschaltung dieses Rechtsbehelfes stieß daher auf keinen nennenswerten Widerstand.

Wie wohl zu erwarten, hielten sich die Schriftsteller vor und kurz nach 1900 in erster Linie an den Gesetzestext bzw. Motive und Protokolle, und so konnte Endemann[20]) im Jahre 1898 in seiner 3. Auflage noch in „Überschätzung der Motive"[21]) sagen: „Ich glaube, daß man dem einmal erlassenen Gesetze gegenüber eine exceptio doli generalis (sie ist auch im übrigen abgelehnt) nicht anwenden kann," und[22]) sehr richtig ferner feststellen: „die Litteratur steht der exceptio doli generalis gegenüber auf ablehnendem Standpunkte".

Nachdem aber die Praxis in ihre Rechte getreten, sahen sich die Theoretiker unter dem Drucke der vom Reichsgericht von vornherein konsequent durchgeführten Anwendung der allgemeinen Doluseinrede genötigt, auch ihrerseits Stellung zu nehmen, und zwar bemächtigte sich die Literatur der Frage, wie wir sehen werden, in ausgiebigster Weise. Dabei wendete sich, wie gleich vorausgeschickt sei, das Blättchen immer mehr zugunsten jenes Rechtsgebildes, so daß Endemann[23]) in seiner 9. Auflage, abgesehen davon, daß er die soeben zitierte Anmerkung gänzlich weggelassen hat, feststellt: „die Literatur stand auf einem ablehnenden Standpunkte".

---

20) Endemann, Lehrbuch des B. G. B., S. 310, Anm. 16, Abs. 2.

21) Crome a. a. O., Bd. I, S. 189, Anm. 20.

22) Endemann a. a. O., S. 359, Anm. 1.

23) Endemann a. a. O., 9. Aufl., S. 352, Anm. 39.

Von Monographien über unseren Vorwurf sind die wichtigsten: „Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse“, 1901 von Oberlandesgerichtsrat Schneider und „Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse“, 1906 von Professor Wendt, veröffentlicht im Bd. 100 des Archivs für zivilistische Praxis, welche beiden Werke wir bereits oben erwähnten. Zu seiner Schrift hat Schneider im Jahre 1904 eine Nachlese im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 25, gehalten. Schneider, dessen Buch, wie hervorgehoben sein möge, kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erschienen ist, steht auf dem Standpunkte, daß man die generelle Doluseinrede im heutigen Rechte entbehren könne und müsse, weil andere Rechtssätze zur Verfügung stünden, die deren Dienst erfüllten. Wendt hingegen hat sich die Verteidigung dieses Institutes zum Ziel gesetzt und bekämpft die Ausführungen Schneiders im Sinne der Praxis und beinahe der ganzen neueren Literatur. Über die ziemlich allgemein herrschende, der weiteren Anwendbarkeit jenes Hilfsmittels günstige Stimmung war sich Schneider auch schon 1904 bei der Veröffentlichung seines Nachtrages im klaren, denn, wenn er auch bemerkt,[24]) seine frühere Schrift habe „mannigfache“ Zustimmung gefunden in der Kritik,[25]) so muß er doch eben dort wahrheitsgemäß bemerken, die Praxis habe seinen früheren Untersuchungen völlige Nichtbeachtung widerfahren lassen.

Mit diesen drei Schriften von Schneider und Wendt

---

24) Archiv für Bürg. Recht, Bd. 25, S. 269.

25) Es handelt sich um eine Reihe von ihm angeführter Besprechungen seines Werkes, die diesem aber hauptsächlich als einem äußerst wertvollen Beitrag zur Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuches den wohlverdienten Beifall zollen, aber kaum seine Ansichten durch selbständige Ausführungen stützen.

werden wir uns im Laufe der Arbeit eingehender zu beschäftigen haben, während an dieser Stelle nur in großen Umrissen gezeigt werden soll, welches der Standpunkt der einzelnen Autoren ist, wobei aber zugleich eine gewisse Kritik nicht ausgeschlossen sein möge.

Um von weiteren Schriftstellern zunächst die Gegner der exceptio doli generalis anzuführen, so erklärt Windscheid[26]) den Begriff derselben für unpraktisch, „weil diese für die Römer nichts gewesen sei als ein Mittel, dem index die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen, ohne daß sie in der Formel speziell genannt war, denn „dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest. petit (l 2 § 5. D. 44, 4)."

Wendt[27]) äußert sich hierzu wohl mit Recht folgendermaßen: „Es dürfte feststehen und anerkannt sein, daß hier eine Nebenfunktion für die Hauptsache genommen ist und zwar eine solche, welche ohne die letztere gar nicht verstanden werden könnte und diese notwendig voraussetzt."

In der 9. Auflage von Windscheid bemerkt der Herausgeber Kipp:[28]) In der Praxis ist die exceptio doli häufig nichts als der Ausdruck für die Geltendmachung des Prinzips der bona fides von seiten des Beklagten, was dem römischen Grundgedanken der exceptio ganz entspricht." Damit verleugnet Kipp aber offenbar völlig Windscheids oben angegebene Ausführungen in der 7. Auflage.

In der 9. Auflage sagt Windscheit bzw. Kipp[29]) ferner im Text unter Nr. 7: „Regelsberger, Kritische Viertelj. Schr., Bd. 45, S. 433, verteidigt die exceptio doli generalis im Sinne

26) Windscheid, Pandekten, 7. Aufl., § 47, Anm. 7.

27) Wendt a. a. O., S. 17.

28) Windscheid a. a. O., 9. Aufl., S. 209.

29) Windscheid a. a. O., S. 215.

eines Mittels, eine Entscheidung zu verhüten, die vom Rechte, richtig verstanden, nicht gedeckt ist. Allein ich glaube, wie Schneider, daß die exceptio doli generalis keine brauchbare Handhabe zur Erreichung dieses Zweckes ist, sondern nur ein ererbtes Schlagwort, das den, der es gebraucht, leicht verhindert, sich darüber klar zu werden, ob eine und welche Handhabe das geltende Recht wirklich bietet. Es ist auch praktisch nicht selten, daß klare Analyse des Falles die Zuflucht zu der exceptio doli generalis erübrigt."

Windscheid verwirft also die allgemeine Einrede der Arglist als unpraktisches und unbrauchbares Mittel und ist ebenso wie Schneider der Meinung, im einzelnen Falle könne man bei genauer Prüfung mit Vermeidung dieses Rechtsbehelfes eine Entscheidung aus den im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommenden Rechtssätzen gewinnen.

Windscheid stützt sich in seinen Ausführungen im wesentlichen auf Römers[30]) Abhandlung über die exceptio doli generalis, die allerdings schon 1874 erschienen ist. Dieser stellt fest, die Schriftsteller des preußischen Rechts,. insbesondere Dernburg und Förster in seiner „Theorie und Praxis des preußischen Privatrechtes", machten ebenso wie die preußische Praxis den Versuch, den fraglichen Rechtsbehelf im allgemeinen Landrecht wieder zu beleben und er bekämpft besonders folgende Ausführungen Försters (die, nebenbei bemerkt, noch genau den jetzigen Anschauungen der Theorie und Praxis des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechen):[31])

„Ob im preußischen Rechte die sogenannte exceptio doli generalis als ein besonderes Rechtsmittel anerkannt sei, kann bezweifelt werden, weil dem allgemeinen Landrecht eine be-

---

30) Römer a. a. O., S. 48 ff.

31) Römer a. a. O., S. 57.

stimmte Einredentheorie nicht eigen ist. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß sie nicht bloß auf die absichtliche Veranlassung eines Irrtums, sondern auf jedes arglistige und gewissenlose Ausbeuten der Rechte gegen einen Anderen gestützt ist, und, während sie in dieser Weise vielen besonderen Einreden zugrunde liegt, gilt sie im gemeinen Rechte aushilfsweise, wo es an solchen besonderen Einreden fehlt. Wenn sie aber auch im preußischen Recht nicht mit entscheidenden Worten hingestellt ist, so muß dennoch ihre Anwendbarkeit behauptet werden, einfach aus dem Grunde, weil bei der Unmöglichkeit, durch das Gesetz jedes arglistige Verhalten zu treffen, sie nicht entbehrt werden kann."

Diesen für Förster entscheidenden Grund weist Römer zurück, denn jener stelle dadurch den Richter über das Gesetz und gebe ihm die Befugnis, das Recht zu korrigieren, während er doch der Diener des Gesetzes sei: ließe man die exceptio doli in dem bekämpften Sinne zu, so würde jene aequitas cerebrina zur Herrschaft auf dem Gebiete des Rechtes gelangen, und alle Sicherheit des Rechtes und damit des Verkehrs aufhören, es würde jene unselige Vermischung von Recht und Moral wieder hereinbrechen, die in der Jugendzeit der Völker herrschte und deren Scheidung in selbständige Gebiete ein so ungeheurer Fortschritt sei.

Römers Bedenken gegen die generelle Doluseinrede decken sich also mit denen, die zur Ablehnung derselben im Bürgerlichen Gesetzbuch geführt haben und gegen die sich schon damals zur Zeit des Allgemeinen Landrechtes eine starke Strömung in Theorie und Praxis geltend machte. (Die Stellung des Reichsgerichtes in landrechtlichen Sachen wird besonders gekennzeichnet durch das Urteil vom 25. Mai 1898. Jur.

Wochenschr. 1898, S. 425, vergl. auch Hachenburg, Vorträge über das B. G. B. S. 9).

Wenn sich aber Windscheid auf diese Ausführungen Römers beruft, so darf dabei doch nicht übersehen werden, daß Römer eigentlich nur die produktive Kraft der exceptio doli generalis, wie sich Dernburg[32]) ausdrückt, als erloschen betrachtet, und ein Hinausgehen über die römischen Beispiele des corpus iuris verwirft, während er einer modernen Anwendung des corpus iuris nicht widerspricht:[33]) „Im corpus iuris finden wir die einzelnen Fälle der doli exceptio fixiert, und es kann vom Standpunkte des corpus iuris nicht davon die Rede sein, daß der Richter, obgleich das corpus juris die exceptio doli in dem betreffenden Falle nicht gibt, den Anspruch des Klägers als dolos abweisen dürfte."

Zu erwähnen ist außerdem als Gegner Ramdohr,[34]) der gelegentlich einer Besprechung des Rechtsmißbrauches ausführt, aus dem Schweigen des Gesetzes gehe hervor, daß die exceptio doli generalis nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen sei. Zwar sei es richtig, daß eine Reihe von Erscheinungen, die im römischen Recht durch dieses Institut erklärt wurden, als positive Rechtssätze in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen seien, z. B. das Retentionsrecht und die Aufrechnung, die exceptio doli generalis selbst lasse sich aber als allgemeiner Rechtssatz im heutigen Recht nicht verwerten, da ein dolus in agendo nicht recht in die modernen Anschauungen passe. Denn, wollte man faktisch jedesmal eine Untersuchung zulassen, ob die Geltendmachung eines Anspruches oder gar alle Rechtsausübungen nach den Umständen des Falles den guten Sitten, der bona fides, der

32) Dernburg, Pandekten 5. Aufl. I, § 138 a. E.

33) Römer a. a. O., S. 53.

34) Gruchots Beiträge Bd. 46, S. 600.

aequitas gerecht würden, so müßte erstens ein Verwischen der Grenzen zwischen Recht und Moral, das was man ja oftmals, allerdings zu Unrecht, dem Rechtsmißbrauchsverbote zum Vorwurf mache, eintreten, und zweitens sei der Gesetzgeber auf das Eifrigste bestrebt gewesen, durch die Aufnahme anderweiter Rechtssätze, besonders der Normen über Treu und Glauben, wirklichen Mißständen nach Kräften vorzubeugen.

Erinnern wir uns, womit die Protokolle die Ablehnung unserer exceptio rechtfertigen, so werden wir finden, daß Ramdohr keine neuen Gründe ins Treffen führt.

In der neueren Literatur vertritt noch Langheineken[35]) den ablehnenden Standpunkt. Er führt aus, es hätten einige Schriftsteller (Enneccerus, Eck und Hachenburg) aus § 242 auf das Vorhandensein einer besonderen exceptio doli, als einer wirklichen Einrede, im heutigen Rechte für alle die Fälle geschlossen, wo die Geltendmachung des Anspruches gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Diese Schlußfolgerung erscheine indessen nicht überzeugend; denn soweit die Bewirkung einer Leistung nicht durch Rücksicht auf die Verkehrssitte gefordert werde oder gar die Beanspruchung der Leistung gegen Treu und Glauben verstoße, sei zufolge § 242 eine Verpflichtung zur Leistung und damit auch ein Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen. Bei einer derartigen Sachlage sei also ein Einwand gegeben und daher die Annahme einer Einrede weder notwendig noch angängig. In sonstigen Fällen, wo das Bedürfnis nach einem Rechtsbehelf zum Schutze des Schuldners unzweifelhaft bestehe, werde es auch wohl immer bei genauerem Zusehen möglich sein, einen geeigneten Weg zu finden, ohne auf das bedenkliche Auskunftsmittel der generellen exceptio doli zurückgreifen zu müssen.

35) Langheineken, Anspruch und Einrede nach B. G. B., S. 324.

Langheineken stellt also seine Ausführungen hauptsächlich darauf ab, § 242 begründe einen Einwand und keine Einrede. Ob aber dieses rein formale Bedenken zu einer Ablehnung der exceptio doli generalis genügt und, ob es überhaupt gerechtfertigt ist, diese Frage wird uns im Laufe der Abhandlung noch näher beschäftigen. Sonst vertritt auch Langheineken, wie sich aus dem zuletzt zitierten Satz ergibt, im wesentlichen den Standpunkt der Protokolle.

Zwei Autoren haben zuerst die Anwendbarkeit der exceptio doli generalis verteidigt, haben dann aber ihre Ansicht geändert und sind Gegner derselben geworden, es handelt sich um Eck bzw. Leonhard, den Herausgeber der zweiten Auflage von Ecks „Vorträgen", und um Hellmann.

Das von so ziemlich allen Schriftstellern, die sich eingehender mit der Frage beschäftigt haben, zitierte Wort Ecks, die exceptio doli generalis sei gleichsam als von „Gottes Gnaden" geltend anzusehen, läßt erkennen, daß Eck dieses Hilfsmittel für durchaus unentbehrlich hielt. Von der zweiten Auflage hat Eck vor seinem Tode (siehe Vorrede zur zweiten Auflage) nur noch 165 Seiten durchgesehen, in welchen von dieser exceptio nicht die Rede ist, den Rest, insbesondere die Anmerkungen, hat Leonhard redigiert. In der Anmerkung 1 zu § 47[36]) verneint letzterer, ausgehend von dem Gesichtspunkte, daß die Römer einen dolus generalis in jeder Rechtsausübung sahen, die den Anforderungen des älteren Rechtes genügte, aber denen des neueren widersprach, das Weiterbestehen der generellen Einrede der Arglist im römischen Sinne für unser Recht, da heute dieser Dualismus des älteren und des neueren Rechtes überwunden sei. Aber einmal bezieht Leonhard seine Ausführungen nur auf den Chikaneparagraphen, denn er folgert, „also kann meines Erachtens

[36]) Eck, Vorträge, 2. Aufl., S. 217.

die sogenannte exceptio doli generalis auf § 226 nicht gestützt werden", und das zu behaupten ist noch niemandem eingefallen, andererseits scheint uns die Begründung, die er gibt, nicht einwandfrei, denn die exceptio doli generalis diente zwar dazu, den neueren Rechtsanschauungen gegenüber dem älteren Recht Geltung zu verschaffen, nicht aber dem neueren Rechte, vielmehr wurde dieses im wesentlichen überhaupt erst durch die exceptio doli geschaffen.

Zu Leonhards Ansicht hat sich auch Hellmann bekehrt. Während er noch in seinen 1897 veröffentlichten Vorträgen [37]) sagt, das Bürgerliche Gesetzbuch stelle zwar eine allgemeine exceptio doli nicht ausdrücklich auf, allein in vielen Fällen werde eine solche doch zu entnehmen sein aus §§ 133, 157, 242 BGB., äußert er 1903 in der Kritischen Vierteljahrschrift [38]) gelegentlich der Besprechung von Cromes System, wo für eine weitere Anwendung jenes Rechtsbehelfes plaidiert werde, „richtiger wird diese exceptio generalis verneint von Leonhard", irgend eine Begründung gibt Hellmann aber nicht. Dabei ist es nicht ganz verständlich, wenn er hinzufügt, der Richter werde über die Zwangslage, die durch den Fortfall dieses Rechtsbehelfes entstehen könne, bei richtiger Handhabung der §§ 157 und 242 hinwegkommen. Das läßt doch eher darauf schließen, daß er seiner alten Überzeugung treu geblieben ist.

Nach Schneiders Ansicht ist auch Planck in der dritten Auflage seines Kommentars [39]) in das Lager der Gegner der exceptio doli generalis übergegangen.

Unter Berufung auf das Schneidersche Buch wendet sich Planck gegen eine unberechtigte Ausdehnung des richterlichen Ermessens, insbesondere dürfe dem Richter nicht das Recht

[37]) Hellmann, Vorträge, S. 203.

[38]) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 44, S. 105.

[39]) Planck a. a. O., 3. Aufl. zu § 242.

zuerkannt werden, den Vertrag oder das Gesetz durch Aufstellung eines sozialen Ideals als Richtschnur zu korrigieren, und soweit daher die exceptio in dieser Weise gebraucht sei, müsse ihre Zulässigkeit verneint werden. Wenn nun auf Grund dieser Darlegungen Schneider[40]) behauptet, Planck pflichte ihm „vorbehaltslos" bei, so scheint er dabei zu übersehen, daß Planck an unmittelbar vorhergehender Stelle auch in der dritten Auflage denselben Satz aufrecht erhält, den wir aus der ersten Auflage zitiert haben, nämlich, daß dem § 242 (157) derselbe Gedanke zugrunde liege, wie der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis. Planck erkennt also auch hier dieses Institut seinem Grundgedanken nach an und bekämpft nur etwaige Auswüchse und Entstellungen einer an sich richtigen Lehre, während doch das Schneidersche Buch sich völlig auf den von uns oben angeführten Standpunkt der Protokolle stellt und den Rechtsbehelf als solchen in jeder Anwendbarkeit für das Bürgerliche Gesetzbuch verneint.

Ein kurzer Rückblick auf die bisher angeführte Literatur zeigt, daß die Gegner der exceptio doli generalis fast durchweg zu ihrem ablehnenden Standpunkte nur in Folge der in den Protokollen zum Ausdruck gebrachten Befürchtungen gelangt sind. Neue Gesichtspunkte werden nicht gegeben, abgesehen von dem rein formalen Bedenken Langheinekens, mit dem dieser auch ziemlich allein geblieben ist.

Der verhältnismäßig geringen Zahl gegnerischer Schriftsteller steht, namentlich in der neueren Literatur, eine ganze Reihe solcher gegenüber, welcher mehr oder minder energisch für ein Fortleben der exceptio dolis generalis im Bürgerlichen Gesetzbuch eintreten.

Von diesen sei zuerst Endemann angeführt.

---

40) Schneider, im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 267.

Wie wir gesehen haben, war er noch in seiner dritten Auflage ein entschiedener Gegner derselben, er hat jedoch im Laufe der Jahre, wohl beeinflußt durch die Praxis des Reichsgerichts und die weiter unten angeführte Literatur, umgekehrt also wie Eck bzw. Leonhard und Hellmann, seinen Standpunkt immer mehr zugunsten der generellen Doluseinrede geändert.

Während Schneider[41]) noch davon spricht, jener stelle sich in seiner fünften Auflage „vermittelnd", scheint Endemann in der nunmehr vorliegenden neunten Auflage der Frage des Fortbestehens des fraglichen Rechtsgebildes nicht mehr ablehnend gegenüber zu stehen, denn, wenn er auch nirgends mit direkten Worten für dasselbe eintritt, so sagt er doch:[42])

„Für die Zeit der Einarbeitung des neuen Gesetzes in das praktische Rechtsleben und ebenso im Sinne des geschaffenen Bürgerlichen Gesetzbuches scheint es mir unentbehrlich, daß an den geschichtlich erprobten, positiven Entscheidungen gelernt werde, wie ohne Gefährdung des Vertrauens in das gegebene Wort der Gedanke der Gerechtigkeit durch Anwendung der Beachtung von Treu und Glauben praktisch verwirklicht worden ist."

Aus diesen Worten, insbesondere den Hinweis auf die unbedingt zu fordernde Berücksichtigung der „geschichtlich erprobten, positiven Entscheidungen" ist wohl zu folgern, daß auch Endemann eine weitere Rechtsprechung im Sinne der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis für notwendig erachtet, und daß sich die Praxis in Wirklichkeit dieser Notwendigkeit beuge, konstatiert er mit Genugtuung in dem Satze: „Soviel zu sehen, hat die Rechtsprechung an der geschichtlichen Kontinuität festgehalten." Bestärkt werden wir in der Ansicht, daß Endemann dem Fortleben der exceptio doli

41) Schneider a. a. O., S. 65.

42) Endemann a. a O., 9. Aufl., S. 592.

generalis günstig gesinnt ist, durch dessen weitere Ausführungen:

„Eine besondere Bedeutung der exceptio doli war es, formlose Nebenabreden oder nicht formgültig erworbene Ansprüche gegenüber dem starren Zivilrecht zur Geltung zu bringen, so daß der „vollberechtigte" Kläger nicht durchdrang, weil die Geltendmachung seines Rechtes der redlichen Handlungsweise widersprach. Dies hat im neueren Rechte Anwendung gefunden für mündliche (nicht rechtsverpflichtende) Abreden, die einem nach Gesetzesvorschrift schriftlich abgeschlossenen Vertrage hinzugefügt sind."

Auf eine gleiche Ansicht Endemanns läßt schließen, wenn er sagt, auch auf dem Gebiete des Wechselrechtes sei der exceptio doli eine ausgedehnte Anwendung zuteil geworden, während Römer (den er in seinen ersten Auflagen immer zur Unterstützung seiner eigenen ablehnenden Ansicht zitiert) mit seinem Widerspruche gegen diese Anwendung nicht durchgedrungen sei.

Des weiteren verweisen wir, da alles zu zitieren unmöglich ist, auf Endemanns Ausführungen a. a. O., S. 589—593, namentlich auf S. 590, Anm. 6.

Zu den entschiedensten Verteidigern unserer Einrede gehört Dernburg.[43]) Er hält deren produktive Macht nicht für erloschen: „Fortwirkend hat sie lebendige Kraft. Sie ist ein Organ des wahren Rechtes in Fällen geblieben, in welchen die Anwendung einer gesetzlichen Regel dem Wesen der Sache und den Zwecken des Rechtes zuwider liefe. So auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesesetzbuches."

An dieser Stelle sei gleich das Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann erwähnt, wo wir folgendes lesen:[44])

---

[43]) Dernburg, Pandekten Bd. I, S. 323.

[44]) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 294. Vgl. auch S. 254, 343.

„Die Funktion der exceptio doli generalis ist nicht auf die im römischen Recht anerkannten Fälle beschränkt, sondern kann auch bei Instituten des modernen Rechtes Verwendung finden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber darum keineswegs aufgehoben."

Den Kernpunkt der ganzen Kontroverse trifft Landsberg:[45])

„Daß unsere besonderen Rechtsbestimmungen zum Schutze gegen den Mißbrauch eines Anspruchrechtes so vollständig wären, um eine solche allgemeine Schutzmaßregel überflüssig erscheinen zu lassen, wird wohl vielfach behauptet, dürfte sich aber schwerlich der Vielgestaltigkeit des Lebens gegenüber als in vollständiger Lückenlosigkeit zutreffend bewähren."

Und in demselben Sinne:[46])

„Es handelt sich um die exceptio doli generalis, deren Anwendbarkeit ich hier, wie sonst, bejahe."

Ebenso entschieden, wie Landsberg tritt Crome[47]) für das Fortbestehen einer allgemeinen Doluseinrede im Bürgerlichen Gesetzbuche ein:

„Hier ist die Sachlage die", meint er bezüglich der Frage, ob dem dolus als solchem, ohne besondere Vorschrift, die rechtsbildende Kraft zusteht, die zur Erzeugung der genannten Einrede führt, „daß das Bürgerliche Gesetzbuch den dolus getroffen und mit Nachteil belegt hat, wo immer es ihn nur bei seinen Bestimmungen erfassen und unschädlich machen konnte. Das ganze Schuldrecht und insbesondere das Vertragsrecht werden durch das Prinzip von Treu und Glauben beherrscht (vgl. §§ 133, 157, 242), zahlreiche Einzelfolgen werden aus diesem Prinzip schon vom Gesetze selbst gezogen." Dies gelte

---

45) Landsberg, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, S. 87.

46) Landsberg a. a. O., S. 518, Anm. 2.

47) Crome, System I, S. 187 ff.

auch für das Sachen-, Familien- und Erbrecht: „Die hier getroffenen Vorschriften sind entweder, wie die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes nur Anwendungsfälle der allgemeinen Doluseinrede, oder sie gehen in ihrer Wirkung noch über die einer bloßen Einrede hinaus, entweder so, daß auf der betreffenden Grundlage ein Anspruch überhaupt nicht mehr entsteht, oder der entstandene untergeht. Die ehemalige Einrede hat sich zum anspruchvernichtenden Faktor ausgewachsen" (zu einer „rechtsvernichtenden" Einrede, wie sich Crome auf derselben Seite, Anmerkung 18, ausdrückt).

Weiter führt Crome aus, das Gebiet der Doluseinrede sei zwar im heutigen Recht stark eingeschränkt, daß es aber daneben keinen Raum mehr habe, würde eine oberflächliche und verfehlte Behauptung sein.

Er fährt dann Seite 188 Anmerkung 2 fort:

„Es versteht sich von selbst, daß für uns der ablehnende Standpunkt der Protokolle (Bd. I, S. 235 ff.) wider die exceptio doli generalis keinesfalls maßgebend ist. Aus dem Gesetze, wie es vorliegt, ist zu prüfen, ob analoge Ausdehnung der in demselben getroffenen Bestimmungen oder ein argumentum a contrario stattzufinden hat. Über die Entscheidung kann man in diesem Falle nicht einen Augenblick zweifelhaft sein."

Zu der Ansicht, daß die allgemeine Doluseinrede dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht fremd sei, bekennt sich weiter Rehbein, von dessen Werk zur Zeit, als das Buch von Schneider erschien, erst der erste Band veröffentlicht war. In diesem verbreitet sich Reihbein, wie folgt:[48])

„Die exceptio doli generalis, die auf dem dolus, der Arglist im allgemeinen, beruht und arglistiges, böswilliges, rechtswidriges Verhalten auch ohne Täuschungsabsicht trifft,

---

[48]) Rehbein, Kom. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 151.

in den Vorstadien des Bürgerlichen Gesetzbuches ausdrücklich abgelehnt, ist für die Praxis und eine gesunde Rechtsprechung aber unentbehrlich und führt bei vorsichtiger Handhabung nicht zur Verwischung aller Grenzen von Recht und Moral . . . ."

Und zu § 226:[49])

„Bei Ausübung obligatorischer Rechte wird es kaum je zur Anwendung des § 226 kommen können: für sie genügt die vorsichtige Benützung der exceptio doli generalis, auf die bereits mehrfach hingewiesen ist, deren keine gesunde Rechtsprechung entbehren kann, und der das Bürgerliche Gesetzbuch durchaus nicht entgegensteht."

Diese klare Stellungnahme Rehbeins nennt Schneider[50]) „von echt praktischer Zurückhaltung" (?), welches Urteil er aber, wie auch Wendt[51]) hervorhebt, wohl kaum gefällt haben würde, wenn er schon Kenntnis von dem Inhalte des zweiten Bandes gehabt hätte, in welchem Rehbein bei der Auslegung des § 242, unzweideutig auf eine energische Verteidigung des in Betrat kommenden Rechtsbehelfes zielend, sagt:[52])

„Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist damit nicht bloß der Gegensatz zwischen iudicium stricti iuris und bonae fidei definitiv beseitigt: der Grundsatz des § 242 reicht weiter, er kann als die gesetzliche Grundlage der gemeinrechtlichen, auch im preußischen Rechte anerkannten exceptio doli generalis gelten."

Was Hachenburg[53]) betrifft, so entnimmt er den §§ 157 und 242 die Regel, daß jeder Anspruch zurückzuweisen sei,

---

[49]) Rehbein a. a. O., S. 339.

[50]) Schneider a. a. O., S. 60.

[51]) Wendt a. a. O., S. 23, Anm. 20.

[52]) Rehbein a. a. O., Bd. II zu § 242, S. 13.

[53]) Hachenburg a. a. O., S. 9.

welcher gegen das Prinzip von Treu und Glauben vorstosse, wenn er zwar als Rechtskonsequenz, aber als Ausnützung wider Treu und Glauben erscheine; hiermit werde die exceptio doli generalis des römischen Rechtes eingeführt.

Außerdem treten für das Fortleben der allgemeinen Einrede der Arglist im Bürgerlichen Gesetzbuch ein: Weyl, Jacubetzky und Bähr, und dasselbe bezwecken zwei Bemerkungen in Striethorsts Archiv.

Weyl[54]) führt aus, es sei der Umstand von eminenter theoretischer und praktischer Wichtigkeit, daß man wohl in der Lage sein werde, aus der mehrfachen Erwähnung der „Verstöße gegen Treu und Glauben" im Gesetz (und zwar an prominenter Stelle), und aus dem gleichzeitigen Zusammenhange dieser Verstöße mit der Arglist auf das Weiterleben der sogenannten actio bzw. exceptio „doli generalis" zu folgern, wie sie in der Tat sowohl von der Literatur wie auch bereits vereinzelt von der Judikatur anerkannt sei, und weiter „aus der Bejahung der Frage nach der Fortexistenz der actio bzw. exceptio doli generalis folgt ....."

Aus Jacubetzky[55]) entnehmen wir:

„Treu und Glauben schließen die Erhebung von Ansprüchen aus, welche aus dem zwischen den Beteiligten bestehenden Verhältnisse entgegen dem eigentlichen Sinne des letzteren hergeleitet werden, und zu deren Zurückweisung die gemeinrechtliche Rechtsprechung sich der exceptio doli generalis zu bedienen pflegte."

Endlich heißt es in Striethorsts Archiv:[56])

„Mit der Vorschrift des § 242 hat auch die exceptio doli generalis in ihrer allgemeinen, zivilrechtlichen Natur Aner-

54) Weyl a. a. O., S. 465.

55) Jacubetzky, Bemerkungen zum Entwurf eines BGB., S. 56.

56) Striethorsts Archiv, Bd. 16, S. 158.

kennung gefunden —, sie dient dem Zwecke, gewissenloser Ausbeutung der Rechte zu begegnen.“

Vergleiche auch die Ausführungen in Striethorsts Archiv, Bd. 61, S. 325 ff.

Besonders scharf wird die Ansicht der Protokolle von Bähr[57]) kritisiert. Dieser stellt fest, der Entwurf I. ignoriere völlig die Bedeutung der exceptio doli generalis, indem er jede Aufstellung für eine Einrede dieser Art unterlasse, und er gibt sein Urteil über diese Tatsache in folgenden Worten ab:

„Wer weiß, welche Rolle in unserem Rechtsleben die exceptio doli generalis im Interesse der materiellen Gerechtigkeit spielt, wird es nicht zu viel gesagt finden, wenn ich diesen Mangel als geradezu verhängnisvoll bezeichne.“

Des weiteren ist anzuführen Otto,[58]) welcher meint, in § 242 liege die „ganze umfassende exceptio doli generalis“ inbegriffen.

In ähnlicher Weise präzisiert kurz seinen Standpunkt Hölder,[59]) indem er sagt:

„Wir haben es in dem § 242 mit dem residuum der exceptio doli generalis zu tun.“

Die Aussicht Hölders deckt sich durchaus mit der Schollmeyers.[60])

Neumann[61]) äußert sich:

„Nicht nur die Art der Leistung, sondern das ganze Schuldverhältnis untersteht dem Grundsatze von Treu und

[57]) Bähr, Verhandlungen des deutschen Juristentages, S. 299.

[58]) Otto, Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 8, S. 648.

[59]) Hölder, Kom. zum Allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 340.

[60]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 6 ff.

[61]) Neumann, Kom. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 130, Anm. 2 zu § 242.

Glauben, insbesondere auch die Frage, ob überhaupt zu leisten ist (exceptio doli generalis)."

Hartmann[62]) führt aus:

„Wenn nach § 359 (§ 242 B. G. B.) der Inhalt der Vertragsverpflichtung sich nach Verkehrssitte und nach Treu und Glauben mitbestimmt, so ist doch gar nicht abzusehen, warum nicht auch über die Frage des „Ob", über die ganze Existenz eines Vertrages als klagbarer Rechtsgröße, die Verkehrssitte oder Treu und Glauben des Verkehrs mit entscheiden sollte."

Weiter möge verwiesen sein auf Heilfron,[63]) Gareis,[64]) Meisner,[65]) v. Koschembahr-Lyskowsky[66]) und Rumpf,[67]) welch letzterer meint, zum Ersatze der exceptio doli generalis könne nur § 242 verhelfen, der von dem „Wie" der Leistung auf das „Ob" der Leistung ausgedehnt werden müsse.

Regelsberger[68]) sagt:

„In der prozessualen Bedeutung ist die exceptio doli generalis für uns weggefallen. Dagegen ist der materielle Begriff in unser Recht übergegangen, daß eine Rechtsverfolgung unzulässig ist, die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Widerspruch steht."

Dieselbe Ansicht bringt Regelsberger auch in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 44, S. 429 zum Ausdruck.

---

62) Hartmann, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 73, S. 373.

63) Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, S. 424, Bd. II, S. 34.

64) Gareis, Allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 291.

65) Meisner, Kom. I, S. 150, bezüglich II siehe oben S. 32.

66) v. Koschembahr-Lyskowsky a. a. O., S. 31.

67) Rumpf, Gesetz und Richter, S. 174.

68) Regelsberg, Pandekten, S. 686.

Zitiert sei noch Oertmann,[69]) der § 242 diene zum Schutze des Schuldners gegen chikanöse Anforderungen des Gläubigers und erfülle insoweit die Funktionen der bisherigen exceptio doli generalis. Vergleiche auch Oertmanns Ausführungen im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 18, S. 365, und ferner seine Schrift „Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs", S. 68.

Danz[70]) hält durch die Vorschrift des § 242 in der Regel die sogenannte exceptio doli generalis für gedeckt, insofern diese exceptio eine Rechtsausübung verhindern soll, die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Widerspruch stehe.

Weiter verdient Erwähnung Matthiaß:[71])

„Der dem Rechte gemäß Verpflichtete hat unter diesem Gesichtspunkte dem Ausübenden gegenüber ein Verweigerungsrecht, wie es das römische Recht kannte (exceptio doli generalis)."

Ähnlich drückt sich Engelmann[72]) aus:

„Durch den § 242 soll das erreicht werden, was im römischen Recht die exceptio doli generalis leistete."

Kuhlenbeck[73]) schließlich gebraucht folgende Wendung:

„wird einredeweise die exceptio doli generalis aus § 242 geltend gemacht . . . ."

Zum Schluß unserer Literaturübersicht sei uns gestattet, die augenblicklich neueste und erst im Erscheinen begriffene 3. bzw. 4. Aufl. (1907) des Kommentars von Staudinger anzuführen.

---

[69]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 5.

[70]) Danz a. a. O., S. 145.

[71]) Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, S. 293.

[72]) Engelmann, Lehrbuch des B. G. B., S. 208.

[73]) Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum B. G. B., Bd. II, S. 41.

Staudinger bringt seinen Standpunkt an drei Stellen zum Ausdruck:

1.[74]) „In der Behauptung, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Einrede des dolus generalis überhaupt unzulässig sei, geht Pr. I. S. 239 zu weit. Es gibt Fälle, in welchen sie für die Praxis unentbehrlich sein wird. Insbesondere die in den §§ 133, 157, 226, 242 zum Ausdrucke kommenden allgemeinen Prinzipien lassen eine Anwendung der exceptio doli generalis auch im Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuches innerhalb gewisser Schranken als gerechtfertigt erscheinen."

2.[75]) „Aus dem Zusammenhange der §§ 157, 242, 226 rechtfertigt sich die Annahme eines Fortbestehens der exceptio doli generalis."

3.[76]) „Da aber auch die sorgsamste Vorerwägung den Gesetzgeber nicht befähigt, alle individuellen Interessen des Einzelfalles im voraus abzuwägen, so sieht er sich, um dem Vorwurf, der sich gegen jedes ius strictum erheben kann, nach Möglichkeit vorzubeugen, genötigt, den Richter neben der allgemeinen Rechtsregel auch auf die Abwägung der besonderen Interessen des einzelnen Falles hinzuweisen. Dieser gesetzgeberischen Erwägung entsprang die Zulassung der exceptio doli generalis im römischen Prozeß. Ihr verdanken auch die §§ 157, 242, B. G. B., ihre Entstehung."

Mit vorstehendem glauben wir eine ziemlich vollständige Übersicht auch über die der generellen Doluseinrede günstigen Ansichten gegeben zu haben, und wenn wir die Zahl der Gegner jenes Institutes vergleichen mit der Zahl derjenigen Schriftsteller, welche demselben auch im heutigen Recht eine

---

74) Staudinger. Kommentar zum B. G. B., 3. Auflage, I. zu § 123.

75) Staudinger a. a. O., I. zu § 157.

76) Staudinger a. a. O., II. zu § 242.

bleibende Statt gewähren wollen, so werden wir unsere Behauptung bestätigt finden, daß die Frage nach dem Fortleben der allgemeinen Doluseinrede überwiegend bejaht wird, und zwar gerade in der neueren Literatur. Immer mehr dringt die Erkenntnis durch, daß trotz scheinbar schwerwiegender Bedenken auch heute jenes Hilfsmittel des römischen und gemeinen Rechtes unentbehrlich ist, ein Standpunkt, den ja auch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes von vornherein vertreten hat.

Daß gerade die Praxis es war, welche an dem bewährten Mittel der exceptio doli generalis unbeirrt festhielt, hat seinen guten Grund. Es mag vorläufig dahin gestellt bleiben, ob wir jenes Institut für das Bürgerliche Recht als solches missen können. Eine kurze Erwägung zeigt aber, daß dies für diejenigen Rechtsgebiete unmöglich ist, bei denen das Bürgerliche Recht subsidiär gilt und deren gesetzliche Regelung auch nach 1900 dieselbe geblieben ist, z. B. das Wechselrecht. Auch für dieses hatte die Praxis bis 1900, wie allgemein bekannt, die exceptio doli generalis als ganz unentbehrlich angesehen und in zahlreichen Entscheidungen angewandt.[77]) Da aber auf die Wechselordnung selbst die exceptio doli nicht gestützt werden kann, so muß diese notwendig aus dem Bürgerlichen Recht als solchem entnommen worden sein. Und, wenn man vor 1900 in Wechselsachen ohne jenen Rechtsbehelf nicht glaubte auskommen zu können, so wäre es, da doch die Wechselordnung selbst nicht im geringsten geändert wurde, mit der Entscheidung solcher Fälle übel bestellt ge-

[77]) Moses. Die exceptio doli im Wechselrecht. Dissertation, Endemann, oben zitiert, S. 41 und Wendt a. a. O., S. 16. Heilfron a. a. O., Bd. I, S. 424, Bd. II, S. 37. Gareis, W. O. zu Art. 82, S. 133 und die dort zitierten R. O. H. G. E. usw. usw. Anderer Ansicht freilich Staub, Kom. zur W. O. zu Art. 82, S. 202, siehe jedoch die treffenden Ausführungen Wendts a. a. O., S. 17, Anm. 14.

wesen, wenn das subsidiär anzuwendende Bürgerliche Gesetzbuch diese Einrede wirklich abgeschnitten hätte. An Stelle der Kontinuierlichkeit der Praxis wäre eine schwer erträgliche, jedes Rechtsempfinden aufs tiefste verletzende Disharmonie getreten. Darum hat der Richter mit Recht auch in Wechselsachen nach 1900 auf die exceptio doli generalis nicht verzichtet, und auch heute kann er das nicht, denn die am 30. Mai 1908 an der Wechselordnung vorgenommenen Änderungen beeinflussen den Geist dieses Gesetzes nicht im geringsten, insofern als sie fast rein formale sind und nicht etwa dazu dienen, neuerdings den Forderungen der Billigkeit, auch gegenüber wechselrechtlichen Ansprüchen Geltung zu verschaffen.

Wenn der Gesetzgeber sich über die Notwendigkeit der Weitergeltung der exceptio doli generalis auf dem Gebiete des Wechselrechtes klar geworden wäre, so hätte er sicherlich dem gegenüber seine kleinlichen Bedenken in den Hintergrund treten lassen und jenen Rechtsbehelf mit ausdrücklichen Worten in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Aber müssen wir nun, weil das nicht geschehen ist, sagen, daß dem deutschen Richter jenes Hilfsmittel aus der Hand genommen sei? Bedarf es, wie vielfach behauptet wird, erst noch eines legislativen Aktes, um es ihm wieder zu geben oder darf der Richter die exceptio aus eigener Machtvollkommenheit wieder beleben, ohne dabei seine Befugnisse zu überschreiten?

Zur Entscheidung dieser Frage sind wir gezwungen, uns zunächst über die Grenzen der richterlichen Macht überhaupt klar zu werden.

Von jener Ungebundenheit der römischen Prätoren, die durch ihre zu Beginn eines jeden Amtsjahres neu aufgestellten Edikte die Rechtsprechung in steter Übereinstimmung mit den fortschreitenden Verkehrsbedürfnissen und dem allmählich sich verfeinernden Rechtsgefühle hielten, kann natürlich für unser

Recht nicht mehr die Rede sein.[78]) Der römische Prätor war nicht mehr Richter, er stand auch nicht einmal neben dem Gesetzgeber, sondern er war der Gesetzgeber selbst und eine derartig freie Stellung des Richters widerspräche der modernen Auffassung vom Richteramte.

Aber auch der Standpunkt, wie wir ihn vom Mittelalter bis in die neue Zeit vertreten finden, wonach die Gerechtigkeit nur gesichert schien durch möglichst enge Bindung der richterlichen Freiheit, die Feststellung des Tatbestandes nach formellen Beweisregeln geschah, und im materiellen Rechte erstrebt wurde, für jede denkbare Rechtslage im Gesetz die fest voraus bestimmte Entscheidung bereit zu halten,[79]) dieser besonders noch im Allgemeinen Landrechte vertretene Standpunkt ist von der modernen Gesetzgebung verlassen worden. Das Allgemeine Landrecht ist ein Produkt absolutistischer Tendenzen, wonach alles für, aber nichts durch das Volk geschehen sollte. So erklärt sich die Unmenge einzelner, tunlichst für jeden denkbaren Fall sorgender Bestimmungen, die dem Richter den hohen Beruf der Rechtsfindung verkümmerten und ihn zur bloßen Maschine stempelten. Beruhte die Beschränkung des richterlichen Ermessens auch auf wohlmeinender Absicht, so wurde sie doch vom Verkehr als eine immer lästigere Fessel empfunden.

Zwar ist nicht zu leugnen, daß durch diese kasuistische Methode die Einheitlichkeit des Rechtes und die Sicherheit des Rechtsverkehrs in nicht zu unterschätzender Weise gefördert wurden, aber ein Recht, das seine Aufgabe ganz erfüllen, das im Einklang mit den Anschauungen des Verkehrs und in inniger Berührung mit der fortschreitenden Entwicklung der

---

78) Regelsberger a. a. O., S. 65.

79) Endemann a. a. O., 9. Aufl. I., S. 56.

Lebensbedürfnisse bleiben will, kann sich nicht in einer derartigen Weise selbst einengen, es kann einfach eines gewissen Maßes der Elastizität und Bewegungsfreiheit nicht entbehren. [80])

Dieser Forderung ist auch unser Bürgerliches Gesetzbuch in weitgehendstem Maße gerecht geworden. In Vermeidung jener ins Extrem ausgedehnten Kasuistik des Allgemeinen Landrechtes, die dem Richter das selbständige juristische Denken so viel als irgend möglich abschneiden wollte, [81]) hat hier der Gesetzgeber einengende Definitionen tunlichst vermieden und es sich angelegen sein lassen, durch möglichst umfangreiche Aufnahme von allgemeinen Sätzen, d. h. soweit nicht eine abschließende Kasuistik sich als durchaus notwendig herausstellt, wie z. B. bei den Verjährungsfristen, der Enterbung, der Erbunwürdigkeit usw., [82]) dem natürlichen Rechtssinne, dem Forschen und Finden aus der naturalis ratio, einen freieren Spielraum zu lassen, so daß der Richter die Entscheidung des einzelnen Falles aus den allgemeinen Prinzipien ableiten kann.

Wenn nun aber behauptet wird, [83]) daß das objektive Recht als ein allumfassendes Ganzes notwendig lückenlose Verhaltungsmaßregeln für den Einzelnen, lückenlose Entscheidungsnormen für den Richter ergebe, [84]) so kann dem nicht zugestimmt werden. „Richtig ist allerdings", wie Jung [85]) sagt, „daß bis zu einem gewissen Grade die Lückenlosigkeit als Postulat besteht", denn der Richter darf nie die Entscheidung eines Rechtsfalles verweigern mit der Be-

---

80) Oertmann a. a. O., S. 21.

81) Hartmann, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 73, S. 314.

82) Endemann a. a. O., S. 57, Anm. 10.

83) Bergbohm, Jurispondenz und Rechtswissenschaft, S. 372 ff.

84) Windscheid a. a. O., S. 108, Anm.

85) Jung, Von der log. Geschlossenheit des Rechtes, S. 1.

gründung, daß es ihm an einer passenden Entscheidungsnorm fehle, was der code Napoléon in dem bekannten Artikel 4 zum Ausdruck bringt:

„Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

Aber ebensowenig kann jedenfalls bestritten werden, daß es Stellen, Verhältnisse gibt, an denen wir solche Lücken des positiven Rechtes empfinden,[86]) weil wir häufig trotz der großen Zahl gesetzlicher und gewohnheitsrechtlicher Normen keinen Rechtssatz finden können, der für den konkreten Fall dem Richter eine passende Entscheidung an die Hand gibt. Letzteres erklären die Vertreter der „logischen Geschlossenheit des Rechtes" einfach damit, daß jene angeblichen Lücken nicht Mängel des Rechts, sondern lediglich solche der Rechtskenntnis bedeuteten,[87]) und daß nur das stets lückenhaft bleibende Wissen des Einzelnen mit dem nie lückenhaften Rechtskörper verwechselt werde. Demgegenüber muß aber darauf bestanden werden, daß jener Bergbohmsche Satz,[88]) ein Recht sei etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes, es sei jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen decke, daß dieser Satz, wenigstens in seiner Allgemeinheit, nicht aufrecht erhalten werden kann. Verstehen wir allerdings unter Recht die Rechtsordnung, so ist jene Behauptung zweifellos richtig, denn die Rechtsordnung duldet nach ihrem Begriff als eine alle Lebensverhältnisse erschöpfend regelnde Ordnung, wie

---

86) Jung a. a. O., S. 6.

87) Jung a. a. O., S. 2.

88) Bergbohm a. a. O., S. 384.

Brinz [89]) sagt, keinen „rechtlosen Raum", und es muß für jeden denkbaren Rechtsfall auch möglich sein, einen Rechtssatz zu entwickeln, wie ja auch der Richter niemals zur Rechtsverweigerung befugt ist, mag er um eine passende Entscheidung noch so verlegen sein.

Wohl aber ist das Recht stets lückenhaft, wenn wir darunter, wie Bergbohm und seine Anhänger das offenbar tun, das Gesetz, die Kodifikation, verstehen. Mag der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der weitgehenden Formulierung allgemeiner Rechtsregeln noch so bestrebt gewesen sein, dieselben so abstrakt und unabhängig von speziellen Tatbeständen, wie nur irgend möglich, zu gestalten, so sind es doch immer nur gewöhnliche, durchschnittliche Tatbestandsvoraussetzungen, die den Rechtssätzen zugrunde liegen. Es ist bei der Vielgestaltigkeit des menschlichen Lebens eben schlechterdings unmöglich, daß der Gesetzesinhalt alle denkbaren Rechtsfragen und Lebensverhältnisse regeln könnte und zwar nicht nur die in Zukunft denkbaren, sondern auch die in der Gegenwart möglicherweise auftauchenden, kurz, wie von Koschembahr-Lyskowsky [90]) treffend sagt, „ein Recht ist niemals fertig".

Und eben deshalb, weil der Richter nicht immer im Gesetz die nötigen Anhaltspunkte findet, weil sich viele spezielle Tatbestände unter keinen der allgemeinen, aber nur dem Durchschnitt der Fälle angepaßten Tatbestände subsumieren lassen, darum ist der Richter in zahlreichen Punkten als Rechtsbildner neben das Gesetz zu stellen. So ist es denn wohl berechtigt, wenn Bülow [91]) sagt, es stelle sich her-

---

[89]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, S. 164.

[90]) von Koschembahr-Lyskowsky, Die condictio als Bereicherungsklage im römischen Recht, S. 32.

[91]) Bülow, Recht und Richteramt, S. 35.

aus, daß selbst das Gesetz nicht unmittelbar Recht zu schaffen vermöge, es sei nur eine Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung. Und soweit dieser Versuch nicht gelungen ist, hat der Richter das Recht selbständig zu finden, nicht nach der sententia legislatoris, sondern nach der sententia legis. Dabei steht er dann neben dem Gesetz, aber, wie Zitelmann[92]) in seiner geistvollen Rektoratsrede sagt, nicht über und auch nicht unter dem Recht, sondern im Recht.

Der Notwendigkeit einer freien richterlichen Rechtsschöpfung hat sich, vielleicht unbewußt, auch der Gesetzgeber gebeugt. Zwar wird in den Motiven[93]) zum Bürgerlichen Gesetzbuch nur ausgeführt:

„Das Bürgerliche Gesetzbuch muß im Bedürfnisfalle aus ihm selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssystem ergänzt werden. Gesetzesanalogie oder, bei deren Versagen, Rechtsanalogie aus dem Geist des gesamten, als ein Ganzes aufgefaßten Rechtes muß dem Richter die Entscheidung an die Hand geben, und die Berücksichtigung der Natur der Sache — jedoch nur aus Momenten, die nicht außerhalb des positiven Rechtes liegen — kann als weiteres Hilfsmittel dienen. Die faktische Natur des betreffenden Verhältnisses muß ergründet und letzteres derjenigen Norm unterstellt werden, welche sich aus den allgemeinen, dem positiven Rechte zugrundeliegenden Prinzipien und der als ihre Eigenart erkannten tatsächlichen Gestaltung mit logischer Konsequenz ergibt."

Aber wenn wir uns das Bürgerliche Gesetzbuch näher ansehen, finden wir, daß der Gesetzgeber diesen in den Motiven zum Ausdruck gebrachten Standpunkt bereits selbst ver-

---

92) Zitelmann, Die Gefahren des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft, S. 19.

93) Motive I, S. 16, 17.

lassen hat. In zahlreichen Fällen hat er, in der Erkenntnis der Unmöglichkeit, überhaupt nicht den Versuch gemacht, eine eingehende Regelung zu geben, und es vielmehr dem Richter, dem „freien richterlichen Ermessen“ überlassen, die für den konkreten Fall passenden Normen aus sich selbst zu bilden. Damit weist er doch dem Richter, um uns eines viel gebrauchten Ausdruckes zu bedienen, eine quasigesetzgeberische Stellung zu, d. h., er stellt ihn, wie wir uns oben ausgedrückt haben, neben das Gesetz. Treffend sagt darüber Endemann: [94])

„Das Bürgerliche Gesetzbuch vermeidet nach Möglichkeit, die freie wissenschaftliche Entwickelung der Rechtsbegriffe durch Definitionen zu beengen, und es vertraut in vielen Fällen dem Richter an, zu beurteilen, wo und wieweit eine bestimmte Norm im gegebenen Falle Anwendung finden soll. Das geht aber über die bloße Auslegung doch offenbar wesentlich hinaus. Den Umfang der Geltung der Gesetzesnormen festzulegen, wird in diesen Fällen seiner Rechtsprechung unterstellt.“

„In die festgefügten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches [95]) wird zuweilen ein beweglicher Faktor eingeschoben, wo neue Rechtsgedanken noch um ihre Anerkennung ringen, wo eine Rechtssituation noch zu wenig aufgeklärt ist, um eine abschließende Ordnung im einzelnen zuzulassen; unser Gesetzgeber ist sich der Grenzen seiner Macht in hohem Maße bewußt gewesen, hat eine ganze Reihe von Blankettgesetzen, gleichsam, aufgestellt, offene Stellen gelassen, wo sich feste Normen noch nicht ausgebildet haben, und er eine solche Bindung noch nicht für angebracht hält.“

Hier verzichtet also der Gesetzgeber darauf die Norm

---

94) Endemann a. a. O., S. 56.

95) Endemann a. a. O., S. 57.

selbst zu geben[96]) in der Erkenntnis, daß der Richter, weil dem praktischen Leben mit seinen mannigfaltigen Bedürfnissen näherstehend, die richtige Regel besser finden kann.

Über die Art, wie diese Lücken im Gesetz, seien sie nun vom Gesetzgeber gewollt oder nicht, auszufüllen sind, äußert sich Schloßmann[97]) folgendermaßen, und wir glauben seinen Ausführungen voll und ganz zustimmen zu dürfen:

„Praxis und Wissenschaft haben sich in gemeinsamer Arbeit zu bemühen, jene durch Versenkung in die konkreten Tatbestände, wie das Leben sie bietet, diese durch allgemeine Betrachtung der verschiedenen Lebensverhältnisse, soweit es tunlich, feste, aber doch der bunten Mannigfaltigkeit der Erscheinungen des Lebens sich anpassende Grundsätze zu gewinnen."

Wenn nun aber das Gesetz auch häufig auf das freie Ermessen des Richters verweist, so will es damit nicht sagen, daß der Richter ganz willkürlich vorgehen dürfe. Vielmehr wird das Maß der richterlichen Ermessensfreiheit zugleich wieder begrenzt durch das soziale Moment im Gesetze,[98]) durch dessen Bestreben ein geordnetes, gesundes Zusammenleben der Menschen zu ermöglichen. Wenn z. B. der Richter angewiesen wird, eine unverhältnismäßig hohe Konventionalstrafe auf eine angemessene Höhe herabzusetzen, so soll er das in einer Weise tun, die der sozialen Lage beider Parteien gerecht wird. Ebenso hat der Richter die aus dem Gesetze hervorgehenden Rechtsgrundsätze, den Geist des Gesetzes, zur Richtschnur seines Erkenntnisses zu machen, wenn es beispielsweise heißt, daß

---

96) Stammler, Lehre vom richtigen Recht, Zit. bei Jung a. a. O., S. 21 ff.

97) Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach Bürgerlichem Gesetzbuch, S. 92.

98) Oertmann a. a. O., S. 45.

ein Dienstvertrag „aus wichtigen Gründen“ gelöst werden kann, daß „nach den Umständen des Falles“ den Parteien diese oder jene Befugnis zusteht, oder, daß von einer Pflicht, deren Beobachtung im konkreten Fall „untunlich“ ist, dispensiert werden kann usw. usw. Damit ist aber eine wirkliche Einengung des Richters nicht gegeben, denn, welches die im einzelnen Fall anzuwendenden Prinzipien sind, und welches der Geist des Gesetzes ist, insbesondere, ob nicht einzelne Prinzipien wieder anderen, allgemeineren zu weichen haben, das unterliegt doch wieder seinem freien Ermessen, das nur in der Vernunft seine eigentliche und selbstverständliche Grenze hat.

In besonders ausgedehntem Maße finden wir jene Delegierung der Rechtsfindung an den Richter, die in den oben entwickelten Bahnen durch die gleitende Natur vieler Begriffe und die häufig vorliegende Unmöglichkeit einer abstrakten und doch für jeden konkreten Fall passenden Regelung bedingt wird, bei denjenigen Normen, welche die im Volke lebendigen ethischen Anschauungen zur gebührenden Anerkennung bringen wollen.

Zu dieser Normengruppe gehören zunächst diejenigen Vorschriften, welche einen Hinweis auf die „gute Sitte“ enthalten, und es ist neben den §§ 534, 814, 1446 II. pp., welche als Voraussetzung einer Rechtswirkung Umstände anerkennen, die, einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, namentlich § 138, der nähere Hervorhebung verdient. Dieser Paragraph setzt die Nichtigkeit von solchen Rechtsgeschäften fest, die gegen die guten Sitten verstoßen. Was aber „gute Sitte“ ist, das richtet sich nach den örtlich und zeitlich verschiedenen Anschauungen der Allgemeinheit,[99]) und der Richter hat in jedem

[99]) Crome a. a. O. I, S. 66, Anm. 9.

Falle in selbständiger, freier Entscheidung zu finden, welches diese sind. Darum sagen auch die Motive[100]) von dieser Vorschrift, daß sie einen bedeutsamen, vielleicht nicht unbedenklichen Schritt der Gesetzgebung darstelle, denn dem richterlichen Ermessen werde ein Spielraum gewährt, wie er bisher weiten Rechtsgebieten unbekannt sei. Zugleich widerlegen aber die Motive ihre eigenen Bedenken wieder, indem sie zugeben, bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes dürfe unbedenklich darauf vertraut wenden, daß die Vorschrift des § 138 nur in dem Sinne angewandt werde, in dem sie gemeint sei.

In besonders unverkennbarer Weise ist der sittliche Zweck des Gesetzes, das sozialethische Moment, zum Ausdruck gebracht und ein besonders weites Gebiet öffnet sich der selbständigen Rechtschöpfung durch den Richter in den Fällen, wo das Gesetz auf Treu und Glauben verweist.

Dieser Grundsatz, wie er in § 157 für die Auslegung der Verträge und in § 242 für die Erfüllung jeder Leistungspflicht überhaupt festgesetzt wird, ist vom Gesetz zu einem Hauptgrundsatz des Verkehrs erhoben, und findet sich nicht nur in den genannten Paragraphen, sondern auch in den §§ 162, 310 2, 815 sowie in einer ganzen Reihe spezieller Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (z. B. den § 254 2, 343, 655, 324 I, 615, 649 pp.). Wegen dieser mannigfachen Erwähnung und der außerordentlichen Wichtigkeit des Begriffes von Treu und Glauben für unser Rechtsleben erscheint es notwendig, etwas genauer auf seine Bedeutung einzugehen.

Mit seiner Anerkennung folgt das neue Recht den Bahnen, auf die es die bisherige Rechtsentwickelung verwiesen hat.[101])

---

[100]) Motive I S. 211, 212 und II, S. 723.

[101]) Oertmann, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 45.

Namentlich im römischen Recht hat der Gedanke der bona fides unter dem beherrschenden Einfluß der prätorischen Rechtsprechung weitgehendste Anwendung gefunden. Die starren Formen des alten ius civile mußten Schritt für Schritt den Anschauungen weichen, nach denen sich die Parteien so zu verhalten hatten: „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“ und eine Verurteilung des Schuldners nur auf das statthaft war, „quidquid dare facere oportet ex fide bona“. Der Weg, den dabei die prätorische Rechtsprechung oder richtiger gesagt Gesetzgebung ging, war der, daß sie durch Aufnahme der exceptio doli in die Formel die alten stricti iuris negotia zu bonae fidei negotia machte und, wo das alte ius strictum in Unkenntnis der neueren Lebensverhältnisse überhaupt nichts sagte, neue Rechtsgebilde schuf, bei denen der Grundsatz der bona fides von vornherein weitgehendste Berücksichtigung fand und damit eine besondere Einführung der exceptio doli in die Formel sich erübrigte. Das drücken die Pandekten in dem Satze aus: „exceptio doli bonae fidei iudiciis inest“. Zu einem vollen Abschluß aber ist die römische Entwickelung auf diesem Gebiete nicht gelangt.

Der römische Begriff der aequitas, wie er unter dem Namen der bona fides seinen Ausdruck fand, ging wie wir gesehen haben, auch in das gemeine Recht über, ebenso hat er im Allgemeinen Landrecht Anwendung gefunden. Zwar ist insbesondere jener zweite und für die Verwirklichung des Begriffes der aequitas wichtigste Teil der Formel der exceptio doli, der exceptio doli generalis genannt wird („si in ea re nihil dolo malo .... fiat“), nicht mit ausdrücklichen Worten in das letztere aufgenommen, aber nichtsdestoweniger muß die Anwendbarkeit jener Einrede auch für das Allgemeine Landrecht behauptet werden (vergl. die oben bei der Besprechung der Literatur angegebenen Ausführungen Försters).

So hat denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der aequitas als unbedingte Voraussetzung einer gesunden Rechtsprechung anerkannt. Ja, unsere Gesetzgebung ist sogar noch einen Schritt weiter gegangen als das römische und die späteren Rechte. Sie hat den schönen Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeinen Leitstern für die Auslegung und Begrenzung der übernommenen Rechte und Pflichten aufgestellt.

Was ist nun aber eigentlich Treu und Glauben? Was bedeutet jene Vorschrift des § 157, daß Verträge so auszulegen seien, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und jene allgemeinere des § 242, daß der Schuldner verpflichtet sei, nach ebendemselben Gesichtspunkte die Leistung zu bewirken? Darüber ist in der Literatur schon viel geschrieben worden, aber, wie leicht erklärlich, hat sich der Begriff von Treu und Glauben als in letzter Linie doch auf Imponderabilien hinauslaufend einer engen und einheitlichen Bestimmung bisher entzogen.

Crome[102]) definiert Treu und Glauben als:

„Die allgemeinen sittlichen Grundlagen des Verkehrs, nach denen der Inhalt der Verpflichtung zu bestimmen ist. Entscheidend ist die Auffassung der Allgemeinheit, nicht die subjektive Absicht der Parteien des Schuldverhältnisses. Auf der anderen Seite ist bei der Beurteilung auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen. Diese ist zeitlich und örtlich; ja selbst unter Umständen nach Art des Personenkreises, dem Gläubiger und Schuldner angehören, eine verschiedene. Übrigens ist die Verkehrssitte nicht selbständige Beurteilungsform, sondern nur adminikulierend bei der Beurteilung nach Treu und Glauben heranzuziehen.“

---

[102]) Crome a. a. O., Bd. II, S. 23.

Dernburg[103]) läßt sich folgendermaßen hören:

„Nichts anderes will das Gesetz, als daß der Richter zur Richtschnur nehmen soll, was bei dem Schuldverhältnis nach den Zwecken des Geschäftes und der Sitte anständig und gerecht denkender Menschen von dem anderen Teile erwartet werden durfte. Damit wird den im Leben herrschenden Anschauungen und der guten Verkehrssitte ein weitreichender Einfluß auf die Gestaltung der Schuldverhältnisse eröffnet, ohne das Recht seinen notwendigen Aufgaben zu entfremden." Und ferner:[104])

„Die Verkehrssitte ist als wichtigster Leitstern für die Beurteilung der Schuldverhältnisse nach Treu und Glauben bezeichnet."

Oertmann[105]) bemerkt über den Begriff von Treu und Glauben:

„..... es wird damit verwiesen auf die Billigkeit, die sittlichen Grundlagen des Verkehrs....", ferner

„Jedenfalls ist „Treu und Glauben" ein objektiver Begriff, von dem rein subjektiven des „guten Glaubens" durchaus zu scheiden" und „die Rücksicht auf die Verkehrssitte" wird nicht als zweites gleichberechtigtes Prinzip neben Treu und Glauben aufgestellt, sie soll vielmehr nur bei Auslegung des in casu nach Treu und Glauben zu Erfordernden vornehmlich berücksichtigt werden (siehe Prot. S. 625)."

Rehbein[106]) äußert sich ähnlich: Es handle sich um die ethische Seite des Rechtes, die verlange, daß nicht als Recht durchgesetzt werde, was nach Treu und Glauben im Verkehr, d. h. nach dem, worauf sich ehrliche und anständige Leute im Verkehre verlassen können, nicht gutes Recht sei.

---

103) Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, S. 24.

104) Dernburg a. a. O., S. 26.

105) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 5.

106) Rehbein a. a. O., Bd. II, S. 13.

Staub[107]) präzisiert seinen Standpunkt in einem Aufsatze in der „Deutsch. Jur. Ztg.“. Er führt dort aus, in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuch Anm. 6 und 7 zu § 346 habe er diesen Paragraphen dahin ausgelegt, daß diese Gesetzesvorschrift bedeute: „Die Willenserklärung ist so auszulegen, wie Treu und Glauben es gebieten und dabei ist, wenn eine Verkehrssitte sich gebildet hat, auf sie Rücksicht zu nehmen.“ Diese Auffassung werde allgemein geteilt, Staub zitiert außer der umstehenden Ansicht Dernburgs und den Ausführungen Schollmeyers zu § 242 Anm. 2 noch Planck zu § 157:

„Die Verkehrssitte muß bei der Ermittlung desjenigen berücksichtigt werden, was Treu und Glauben erfordern“.

Staudinger[108]) vertritt die Ansicht, mit der Norm von Treu und Glauben beuge sich die Rechtsordnung den Anschauungen einer nicht ausschließlich auf egoistischer Interessenverfolgung aufgebauten sozialen Ethik. Sie erhebe die von Haus aus ethischen Begriffe von Treu und Glauben zu Rechtsbegriffen.

Weiter sagt er:[109])

„Treu und Glauben bedeuten mehr als den Hinweis auf den wirklichen Willen oder Sinn einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vorschrift im Gegensatze zu einer rein buchstäblichen (grammatischen, sophistischen) Auslegung (§ 133). Auch der geäußerte und festgestellte Wille der Partei soll diese nicht zu einem Resultate nötigen, das der Billigkeit widerspricht.

Auf keinen Fall jedoch bedeutet die Verweisung auf Treu und Glauben so viel, daß ein über den Parteien stehendes

---

[107]) Deutsche Jur. Ztg. 1902, Nr. 1, S. 24.

[108]) Staudinger a. a. O., I zu § 157.

[109]) Staudinger a. a. O., II zu § 242.

subjektives Ermessen des Richters den Inhalt der Leistung zu bestimmen hat. Vielmehr soll durch diese Worte eine objektive Norm zur Abwägung und Entscheidung der widerstreitenden subjektiven Deutungen des Inhalts der Leistung gegeben werden.

Treu und Glauben entspricht dem aequum et bonum der römischen Rechtssprache, enthält also insofern in der Tat die Hinweisung auf ein „soziales Ideal" (Stammler S. 43)."

Zum Schluß sei es gestattet, die vielbesprochene Ansicht Stammlers[110]) anzuführen:

Er meint, jemand werde im besonderen Falle dann nach Treu und Glauben handeln, wenn er in dieser Lage mit demjenigen in Einklang bleibe, was als letztes Ziel allen rechtlichen Zusammenlebens festzustellen sei. Und weiter sagt er:[111])

„Danach ist dann als Begriff von Treu und Glauben festzuhalten: Treu und Glauben ist die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streites, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das richtige angibt."

Aus den angeführten Literaturstellen ersehen wir, daß, soweit bei einer Begriffsbestimmung von Treu und Glauben präzise Gesichtspunkte überhaupt festgelegt werden können, die Ansichten im allgemeinen kaum voneinander abweichen und, wenn wir noch einmal in Kürze die wesentlichsten Punkte hervorheben, so ergibt sich folgendes:

Treu und Glauben ist ein objektiver Maßstab, insofern als darunter zu verstehen ist, nicht das willkürliche, subjektive Gefühl des Richters oder der Parteien, sondern das, was sich bei objektiver Betrachtung als Anschauung der Allge-

110) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 40.

111) Stammler, a. a. O., S. 43.

meinheit, der Gesamtheit vernünftig und billig denkenden Menschen, ergibt. Auf die Verkehrssitte wird als ein näheres Regulativ hingewiesen, über das sich der Richter bei Auslegung des Maßstabes von Treu und Glauben zunächst klar zu werden hat. Vorausgesetzt ist natürlich, daß eine Verkehrssitte besteht, d. h., daß sich im Leben des Volkes eine verpflichtende Gewohnheit[112]) überhaupt gebildet hat. Aber auch wenn das der Fall ist, hat der Richter die Verkehrssitte nur zu berücksichtigen, soweit das tunlich ist, d. h. soweit dieselbe nicht selbst wieder gegen Treu und Glauben verstößt.[113]) Demnach bleibt letzteres der obere Begriff, er gilt in gewissem Sinne subsidiär, nämlich soweit eine Verkehrssitte überhaupt nicht besteht oder soweit sie nach objektiver Beurteilung den Forderungen von Treu und Glauben widerspricht.[114]) Die Verkehrssitte ist, soweit sie sich mit Treu und Glauben verträgt, nicht ein selbständiger Begriff neben letzterem,[115]) sondern eine Unterart des allgemeinen Begriffes der aequitas, nämlich derjenige Teil desselben, welcher im Verkehrsleben durch ständige Übung festen Fuß gefaßt hat. So kommen wir schließlich bezüglich der Verkehrssitte zu dem Resultate, daß der Hinweis auf dieselbe begrifflich eigentlich nicht nötig gewesen wäre, weil der Begriff von Treu und Glauben sie schon mit umfaßt.[116]) Daß dieser Zusatz aber sehr praktisch ist und die Aufgabe des Richters wesentlich erleichtert, kann kaum bezweifelt werden, und darum ist es mit Freude zu begrüßen,

---

112) Ihering, Zweck im Recht, S. 24.

113) Endemann, Handbuch I, 1881, S. 42.

114) Hachenburg a. a. O., S. 27.

115) Staudinger a. a. O., II., S. 15.

116) Etwas zu scharf drückt sich wohl Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 333, 334 aus, wenn er den Hinweis auf die Verkehrssitte einen „wenig schadenden, aber auch nichts nützenden Überfluß“ nennt.

daß in der zweiten Lesung ein auf die Streichung des Hinweises auf die Verkehrssitte zielender Antrag abgelehnt wurde.

Der Grundsatz von Treu und Glauben in dem eben entwickelten Sinne ist, wie schon mehrfach erwähnt, zu einem Hauptgrundsatz des rechtlichen Verkehrs erhoben worden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das ganze Recht der Schuldverhältnisse, insbesondere das Vertragsrecht (vergl. §§ 242, 133, 157) dem Prinzip von Treu und Glauben unterstellt und wie Crome[117]) sagt, den dolus getroffen und mit Nachteilen belegt, wo es ihn bei seinen Bestimmungen fassen konnte. Auf den Gebieten der dinglichen Rechte, sowie des Familien- und Erbrechtes wird Mißbräuchen aller Art im einzelnen entgegengetreten, und schließlich verbietet § 226 jede Rechtsausübung, die nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Aber neben den vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehenen gibt es noch zahlreiche andere Möglichkeiten des dolus,[118]) gegen die der gefährdeten Partei doch auch Schutz gewährt werden muß. Wollte man in diesen vom Gesetze nicht vorgesehenen Fällen die Zulässigkeit der Berufung auf die Arglist leugnen, so müßte man voraussetzen, daß das Gesetz in seinen diesbezüglichen Bestimmungen den dolus abschließend habe regeln wollen und daß daher über den § 226 hinaus kein Einwand gegen eine Klageerhebung als solche möglich sei. Ein solches argumentum a contrario kann aber hier unmöglich gebilligt werden, wenn man den hohen ethischen Geist bedenkt, von dem das ganze Bürgerliche Gesetzbuch durchtränkt ist, und der in fast jeder Bestimmung desselben uns entgegentritt. Vielmehr haben wir hier eine der be-

---

117) Crome a. a. O., I., S. 187, oben zitiert S. 42, 43.

118) Landsberg, B. G. B., I., S. 87, zitiert oben S. 42 und Staudinger a. a. O., II zu § 242, oben zitiert S. 49.

sprochenen Lücken im Gesetze vor uns, und, wie deren Ausfüllung zu geschehen hat, ergibt sich nach dem oben gesagten von selbst, nämlich durch analoge Ansdehnung, die, wenn überhaupt irgendwo, bei den gegen den dolus gerichteten Bestimmungen des Gesetzes am Platze ist, und durch eine unbeschränkte Anordnung des Prinzips von Treu und Glauben, auf dem die generelle Doluseinrede hauptsächlich beruht. Daß deren Aufnahme in den Protokollen und Motiven abgelehnt ist,[119]) kann nach der heute durchgängig herrschenden Ansicht und nach allem, was wir über die Befugnisse des Richters ausgeführt haben, für diesen nicht maßgebend sein. Er hat sich nur an das Gesetz, wie es vorliegt, und, wo dieses nicht ausreicht, innerhalb der Schranken zu halten, die ihm die sententia legis auferlegt, und daß eine Anwendung der exceptio doli generalis dem Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht widerspricht, sondern entspricht, bedarf wohl keines näheren Beweises. Natürlich ist die schwierige Frage mit der Tatsache, daß eine weitere Anwendung dieses Rechtsbehelfes mit der sententia legis übereinstimmt, nicht abgetan. Vielmehr haben wir uns, und das ist besonders für den Richter wichtig, darüber klar zu werden, in welchen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches die nötigen Stützpunkte für die allgemeine Doluseinrede zu finden sind.

Die Praxis des Reichsgerichtes, die sich, wie wir oben gesehen haben, nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches von vornherein auf den Standpunkt gestellt hat, die exceptio doli generalis sei unserem Recht nicht entfremdet, sieht die sichere Stütze derselben in § 242.[120]) Zwar werden in einigen der zitierten Entscheidungen zur Begründung der

---

[119]) Crome a. a. O., I., S. 188, Anm. 2, oben zitiert S. 42, 43.

[120]) Wendt a. a. O., S. 1.

Doluseinrede auch andere Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches, z. B. §§ 826, 138 I, 249, herangezogen, aber das sind nur zu materiellen Rechtssätzen erstarrte Einzelfälle der exceptio doli, und zwar handelt es sich meist um die actio doli oder die auf bereits begangenem dolus, z. B. arglistiger Täuschung beruhende exceptio doli specialis. Wir haben diese Reichsgerichtsentscheidungen trotzdem zitiert wegen ihres erheblichen ideellen Wertes für unser Thema und namentlich deshalb, weil, wer die actio doli hat, zugleich durch die exceptio doli specialis geschützt ist, und weil die Möglichkeit der letzteren zugleich die exceptio doli generalis rechtfertigt. (Daß auch das Reichsgericht derselben Ansicht ist, ergibt sich aus der oben S. 27, 28 zitierten Entscheidung vom 17. Dezember 1903, vgl. auch Einleitung S. 12.) Wer nämlich eine durch dolus praeteritus erworbene Forderung einklagt, macht sich zugleich des dolus praesens, des dolus in agendo, schuldig, so daß die exceptio doli generalis ihren Namen als eine allgemein gegen jeden dolus gerichtete Einrede mit vollem Rechte verdient. Beruft sich also das Reichsgericht im besonderen Falle auch auf § 826 pp., so ändert das doch nichts an seiner Auffassung, daß eine stets und für alle Fälle des dolus passende exceptio, die exceptio doli generalis, nur in § 242 zu finden ist.[121]) Dieser Paragraph bestimmt, daß der Schuldner die Leistung so zu erfüllen habe, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Daneben kommt dann die, allerdings auf das Gebiet des Vertragsrechtes beschränkte Norm des § 157 in Betracht, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Das Verhältnis dieser beiden Paragraphen zu einander ist eine der

[121]) Vgl. namentlich die Reichsgerichtsentscheidungen, Bd. 53, S. 104, zitiert oben S. 28, sowie die vom 17. Dez. 1903, zitiert oben S. 27, 28.

bestrittensten Fragen bei der ganzen Kontroverse. Auf die einzelnen Ansichten näher einzugehen, würde zu weit führen. Nach unserer Ansicht vermag § 242 den § 157 in seinem vollen Inhalt zu decken, aber trotzdem erscheint es angebracht, auf § 157 weiter unten im Anschluß an § 242 noch näher zurückzukommen, einmal, weil der Vertrag die vornehmlichste Quelle von Schuld und Forderung bildet und sodann wegen der verschiedenen Fassung der beiden Paragraphen. § 157 enthält nämlich eine für den Richter bestimmte Auslegungsregel, § 242 dagegen eine Anweisung an den Schuldner, wie er seiner Leistungspflicht nachzukommen hat. So der Fassung nach, ihrem Inhalte nach wenden sich die beiden Paragraphen aber, wie uns weiter unten zu zeigen gestattet sein möge, an alle drei in Betracht kommenden Personen, den Richter, den Schuldner und den Gläubiger.

Für die Frage, ob § 242 die exceptio doli generalis zu decken vermag, ist von vornherein entscheidend, welche Bedeutung wir dem Prinzip von Treu und Glauben gegenüber den einzelnen Gesetzesbestimmungen selbst zuschreiben. Wir können nur dann auch heute noch von jenem Rechtsgebilde sprechen, wenn jede dispositive Rechtsnorm im konkreten Fall von dem Richter daraufhin geprüft werden darf und muß, ob sie auch wirklich ein mit Treu und Glauben objektiv zu vereinbarendes Ergebnis liefert.

Dafür tritt am entschiedensten ein Stammler in seinem Recht der Schuldverhältnisse, wo er zur Verwirklichung seines sozialen Ideals oder, wie wir besser formulieren wollen, zur allgemeinen und unbedingten Durchführung des Prinzips von Treu und Glauben, dem Richter eine ausgedehnte Machtbefugnis gibt.

Er führt aus:[122])

---

[122]) Stammler, a. a. O. S. 48.

„Gerade den ergänzenden Rechtssätzen gegenüber, die in allgemeiner Bereitschaft zur Anwendung dastehen, kommt das Prinzip von Treu und Glauben nach unserem Gesetzbuche in durchgreifende Betätigung. Nach dieser Grundauffassung des neuen Rechtes hat ein jeder ergänzende Rechtssatz die kritische Nachprüfung zu bestehen, ob er in dem besonderen Falle, der gerade zur Entscheidung steht, auch wirklich ein Ergebnis liefert, das mit Treu und Glauben vereinbar, das im Sinne des sozialen Ideals objektiv richtig ist. Und geschieht das nicht, so ist der Versuch des Gesetzgebers, dem Richter eine genügende Anleitung über dasjenige zu geben, was nach objektiver Erwägung hier das Richtige sei, für diesesmal nicht gelungen: jener ergänzende Rechtssatz hat zurückzutreten, die besondere zutreffende Entscheidung der konkreten Streitsache ist in selbständiger Weise nach Treu und Glauben vorzunehmen."

Dieselbe zwingende Natur[123]) weist Stammler den Grundsätzen von Treu und Glauben gegenüber widerstreitenden Einzelbestimmungen von Rechtsgeschäften zu und gibt zur Begründung an, das Bürgerliche Gesetzbuch stelle jene Norm in allgemeiner Fassung an die Spitze des Rechtes der Schuldverhältnisse und, obgleich nicht ausdrücklich hinzugefügt sei, daß der Satz zwingenden Rechtes sein solle, so müsse dies doch aus der ganzen Art der Aufstellung geschlossen werden, die einen ganz anderen Charakter trage, als die vielfältigen ergänzenden Rechtssätze bei den besonderen Schuldverhältnissen. Zur weiteren Begründung weist er darauf hin, daß Treu und Glauben und gute Sitten in der Sache auf ganz dasselbe zurückgingen. Widerstreite ein Rechtsgeschäft im ganzen demjenigen, was in der besonderen Lage nach den

---

123) Vgl. auch Staudinger, a. a. O. II zu § 242, zitiert oben S. 64, 65.

guten Sitten das objektiv Richtige sei, so sei es im ganzen nichtig; wenn aber einzelne seiner Klauseln gegen dasjenige verstießen, was in concreto nach Treu und Glauben als objektiv richtig erachtet werden müsse, so könne man. ohne eine schwer erträgliche Disharmonie in das Bürgerliche Gesetzbuch zu bringen, hinsichtlich dieser besonderen Bestimmungen nicht etwas anderes annehmen.

Diesen Ausführungen Stammlers von der zwingenden Natur des Begriffes von Treu und Glauben, daß alle Einzelbestimmungen an sich erlaubter und gültiger Geschäfte und ebenso alle ergänzenden Rechtssätze, die im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anwendung bereitgestellt sind, nur unter der Einschränkung gelten sollen, daß sie im besonderen Falle nach Treu und Glauben das richtige Ergebnis liefern, können wir nur voll und ganz zustimmen, und sie haben in der Tat mannigfachen Anklang, aber auch zahlreiche Anfeindung gefunden.

So bezeichnet Schneider,[124]) um nur diesen als den Hauptgegner zu erwähnen, die Fassung des Stammlerschen Gedankens als viel zu verschwommen, als daß sich in der Praxis damit arbeiten ließe. Die die wirkliche Billigkeit fördernde Kraft des Richters dürfe vielmehr nur innerhalb der Schranken des durch Gesetz und Parteiwillen „gesetzten Rechtes“ wirken.[125])

Aber wenn der Gedanke Stammlers auch nicht in greifbare Formen gebracht werden kann, so brauchen wir ihn deshalb doch noch nicht abzulehnen, denn ebenso unbestimmt und unbestimmbar ist der Begriff der „guten Sitte“, und gerade diesen hat das Gesetz doch in ganz ähnlicher Weise verwandt, wie Stammler es für Treu und Glauben fordert. Es ist auch sehr bezeichnend,. daß Schneiders Ansicht immer

---

124) Schneider a. a. O., S. 50.

125) Schneider a. a. O., S. 90.

mehr Anhänger verliert, wie wir gesehen haben, und man heute feststellen kann, daß die Mehrzahl aller Schriftsteller in den von Stammler vorgezeichneten Bahnen wandelt.

So sagt Wendt[126]) zu § 242:

„Die freiere Auslegung des § 242 vindiziert demselben die Bedeutung, ohne Rücksicht auf die etwas beschränkte Fassung der Worte das bona fides-Prinzip ganz im allgemeinen zu der beherrschenden Richtschnur aller Schuldverhältnisse zu machen und ihm das Verhalten beider Teile, des Gläubigers wie des Schuldners, nach allen Richtungen zu unterwerfen. Die Pflichten des einen, die Rechte des anderen sollen stets so gehandhabt werden, daß kein Konflikt mit Treu und Glauben entsteht."

Ganz derselben Ansicht ist Crome:[127]) Der vom Bürgerlichen Gesetzbuch an die Spitze seiner Erörterungen über die Schuldverhältnisse gestellte allgemeine Satz, daß die Leistung so zu bewirken sei, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderten, sei eine alle späteren Detailsätze ausgestaltende und modifizierende Norm, ein das ganze Schuldverhältnis beherrschender Leitsatz.

Demnach kann nicht mehr bezweifelt werden, daß die Norm von Treu und Glauben in unserem heutigen Recht zwingender Natur ist. Sie schlägt durch sowohl gegenüber den Parteidispositionen als auch gegenüber den ergänzenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.[128]) Denn was hätte es für einen Zweck, Treu und Glauben als leitendes Prinzip für das gesamte Obligationenrecht[129]) aufzustellen; wollte

---

126) Wendt a. a. O., S. 90.

127) Crome a. a. O., II., S. 22.

128) Vergl. auch Danz a. a. O., S. 139—147.

129) Vergl. die Reichsgerichtsentscheidung vom 17. September 1904, zitiert oben S. 28, 29.

man den Parteien die Befugnis lassen, die Forderungen der aequitas durch Vereinbarung beliebig auszuschließen, oder auf der Anwendung ergänzender Rechtssätze selbst dann beharren, wenn das im konkreten Falle einen Verstoß gegen das oberste Prinzip des Rechts der Schuldverhältnisse bedeutet?

So sind wir denn zu der Schlußfolgerung gezwungen, daß der Richter in der Tat nur dann an ergänzende Rechtssätze gebunden ist und sie nur unter der Voraussetzung anwenden darf, daß sie im einzelnen Fall ein den Grundsätzen von Treu und Glauben, ein dem wirklichen Willen des Gesetzes entsprechendes Ergebnis zu liefern vermögen. Trifft das aber nicht zu, so ist, um mit Stammler[130]) zu sprechen, der Versuch des Gesetzgebers, dem Richter eine genügende Anleitung über dasjenige zu geben, was nach objektiver Erwägung hier das Richtige sei, für diesmal mißlungen, und der Richter hat in selbständiger Beurteilung diejenige Entscheidung zu geben, welche den Forderungen von Treu und Glauben entspricht. Natürlich darf sich der Richter bei Bemessung der Billigkeit nicht von unklaren Vorstellungen leiten lassen, und nicht einfach eine Gesetzesbestimmung als unpassend umstoßen, ohne eine der Wichtigkeit seines Schrittes entsprechende Begründung zu geben.

Was von den dispositiven Bestimmungen des Gesetzes gilt, kann füglich für die Dispositionen der Parteien, für die lex contractus, nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Auch für das von den Parteien gesetzte Recht bleibt die Norm des § 242 als an den Tatbestand anzulegender Maßstab bestehen, d. h. widerstreitenden Einzelbestimmungen von Rechtsgeschäften ist die richterliche Anerkennung zu versagen.

So finden wir denn unsere oben aufgestellte Behauptung

---

130) Stammler a. a. O., S. 47 ff.

gerechtfertigt, daß § 242 auch den § 157 zu decken vermag,[131]) denn es kann praktisch gleichgültig sein, ob dem Gläubiger Treu und Glauben zur Ablehnung seines Begehrens entgegengehalten wird, weil die auf Grund des § 157 vorzunehmende Auslegung nach Treu und Glauben dazu führt, oder weil § 242 das Schuldverhältnis als solches diesem Prinzip unterstellt. Der Unterschied liegt, wie gesagt, nur darin, daß § 242 ein viel weiteres Gebiet umfaßt, als § 157, und dann in der Form der Fassung: § 157 weist den auslegenden Richter an, zu untersuchen, ob und inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte der Schuldner zur Erfüllung der aus dem konkreten Vertrag sich ergebenden Verpflichtung anzuhalten ist, während § 242 im Sinne eines Ge- und Verbotes an die Parteien ausspricht, daß nur solche Ansprüche aus einem obligatorischen Verhältnis mit Erfolg klageweise geltend gemacht werden können, wie sie Parteien als entstanden annehmen würden, welche nach Treu und Glauben handeln.[132]) Allerdings ist das eben dargelegte Verhältnis des § 157 zu § 242 und überhaupt die überall durchgreifende Kraft des Grundsatzes von Treu und Glauben bestritten. So ist eine der hauptsächlichsten Thesen Schneiders,[133]) der Richter sei niemals befugt, sich mit dem durch Gesetz und Parteibestimmung gesetzten Recht in Widerspruch zu setzen, weil dieses unverbrüchlich sei. Daher dürfe auch § 242 nur auf das vom gesetzten Recht freigelassene Gebiet angewandt werden, und der § 157 habe als wesentliche Aufgabe, die Voraussetzung für die Anwendung des § 242, jenes Offensein festzustellen und „eine etwaige Versperrung durch

131) Dasselbe ergibt sich aus Kuhlenbeck a. a. O., II., S. 38.

132) Danz a. a. O., S. 145.

133) Schneider a. a O., S. 90. Vergl. auch seinen Nachtrag im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 290.

bloße Worte“ zu beseitigen. Schneider will demnach jene „Versperrung durch bloße Worte“ (des Vertrages oder des Gesetzes) durch das Mittel der Auslegung beseitigt wissen, was wir durch Anwendung des § 242 auf direktem Wege zu erreichen suchen. Er bekämpft die exceptio doli generalis des § 242 und läßt sie zugleich durch die Auslegungsvorschrift des § 157 durch eine Hintertür wieder herein.[134]) Und was schließlich die Unverbrüchlichkeit des gesetzten Rechtes anbelangt, so kann dieser Punkt nach den vorausgegangenen Ausführungen über die Macht des Richteramtes und der Stellung des Gesetzes selbst zu sittenwidrigen Parteiabreden als erledigt gelten. Der Richter hat nicht nur die von den Parteien in den Vertragsbestimmungen gelassenen Lücken nach Treu und Glauben auszufüllen, sondern auch solchen Parteibestimmungen, die diesem obersten Leitsatz des Obligationenrechtes widersprechen, seine Anerkennung zu versagen.

Die vorgehend angedeutete selbständige Rechtsschöpfung durch den Richter ist einer derjenigen Punkte, den die Gegner der exceptio doli generalis immer wieder zur Begründung ihrer ablehnenden Haltung anführen. Daß diese Begründung hinfällig ist, haben wir schon oben darzutun versucht. Eine Stellung des Richters neben dem Gesetz[135]) überschreitet nicht im geringsten seine Befugnisse, sofern er nur, wie Zitelmann sagt, im Rechte bleibt. Wenn nun aber von verschiedenen Seiten, so z. B. von Hölder, Schneider, Römer[136]) und anderen behauptet wird, dadurch, daß man dem Richter gestatte,

---

[134]) Vergl. namentlich Schneider a. a. O., S. 57, Anm. 73 und seinen Nachtrag im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 274.

[135]) Vergl. unsere Ausführungen S. 51—58.

[136]) Hölder a. a. O., S. 341. — Schneider a. a. O., Anmerk. 186. S. 130 131. — Römer a. a. O., oben zitiert S. 33, 34.

den Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur praeter legem, sondern auch korrektorisch contra legem zur Geltung zu bringen, stelle man ihn über das Gesetz, so kann dem nicht zugestimmt werden. Ein solches Vergehen wäre mit dem Zweck des Gesetzes allerdings nicht vereinbar. Aber wir stellen ja auch den Richter nicht über das Gesetz. Da dieses Treu und Glauben zur Richtschnur erhebt, da es das billige Ermessen oder schlechtweg die Billigkeit an Stelle der lex certa setzt, sind diese Begriffe auch zu Rechtsgrundsätzen[137]) gemacht und der Richter bleibt überall auf dem Boden des Gesetzes, wenn er nach Treu und Glauben zu entscheiden sucht. Daher steht Treu und Glauben nicht außerhalb des gesetzten Rechtes oder im Gegensatz zu ihm, sondern es ist ein Werkzeug des positiven Rechtes, das dazu dient, den wahren Inhalt des letzteren festzuhalten. Dem Geiste des Gesetzes gerecht zu werden, heißt, dem Gesetz gerecht werden, und, daß unser Gesetz die bona fides zum allbeherrschenden Prinzip machen wollte und will, daran wird wohl niemand zweifeln.

Und, wenn ferner im Anschluß an die Protokolle gesagt wird, durch eine Stellung des Prinzips von Treu und Glauben über das gesetzte Recht und eine Aufnahme der exceptio doli generalis werde in den festen Körper des Rechtes ein Phantom hineingetragen, die „uferlose“ aequitas cenebrina, an Stelle der festen Rechtsnorm werde das subjektive Gefühl des Richters gesetzt, und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt“,[138]) so ist dieser Standpunkt der Protokolle in weit stärkerem Maße schon durch die Aufnahme des allgemeinen

---

137) Danz in Ihr. Jahrbüchern, Bd. 38, S. 495 und Staudinger a. a. O., I., zu § 157, oben zitiert S. 64.

138) Römer, zitiert oben S. 34, Protokolle, zitiert oben S. 18 und Ramdohr, zitiert oben S. 36.

Chikaneparagraphen (§ 226) verlassen,[139]) und außerdem wird diese Ansicht vor allem der Geschichte nicht gerecht.

Es war ja gerade der Gedanke der bona fides, also auch, wenn man so will, nur ein Ideal, das dem römischen Recht eine so außerordentliche Blütte und eine so machtvolle, selbst unser Recht noch beherrschende Stellung schuf. Das hat auch die neuere Gesetzgebung erkannt. Darum war sie bestrebt, dem Rechte seine unerträgliche Starrheit durch Einfügung beweglicher Faktoren[140]) zu nehmen und es so lebens- und entwicklungsfähig zu gestalten.

Was aber schließlich das Bedenken betrifft, mit der Zulassung von Treu und Glauben als eines allbeherrschenden Leitsatzes trete die subjektive Meinung des Richters zu sehr in den Vordergrund, so daß die Gefahr eines Mißbrauches und eine beklagenswerte Unsicherheit des Erfolges von Ansprüchen und Klagen zu gewärtigen sei, so bietet doch unsere Gerichtsverfassung genügend Garantien für die Zuverlässigkeit und Einheitlichkeit der Entscheidungen. Denn einerseits entscheidet in erster Instanz nicht überall ein Einzelrichter, und andererseits sind höhere Instanzen, und diese nur Kollegialbehörden, da zur Berichtigung der Entscheidungen der Untergerichte. So ist denn wohl genügend Vorsorge getroffen, daß die subjektive Ansicht des einzelnen Richters nicht nachteilig in den Vordergrund trete, ganz im Gegenteil, eher bestünde die umgekehrte Gefahr, daß sich in den Kollegialgerichten eine Tradition bildete, die mit der Entwicklung der Rechtsanschauungen nicht gleichen Schritt hielte. Aber auch hier

---

[139]) Crome a. a. O., I., S. 188, Anm. 2. Vgl. auch die Ausführungen der Motive zu § 138, zitiert oben S. 99 und Rehbein Bd. I, S. 151 zitiert oben S. 43, 44.

[140]) Endemann a. a. O., I., S. 57, zitiert oben S. 57.

bietet die Möglichkeit von Plenarentscheidungen das nötige Korrektiv.

Damit haben sich wohl alle Einwendungen gegen eine Auffassung des Begriffes von Treu und Glauben im Sinne einer selbst „gesetztes Recht“[141]) modifizierenden Norm als hinfällig erwiesen. Aber gibt es nicht doch noch Bedenken gegen die Zulassung einer exceptio doli generalis? Vermag § 242, der den Grundsatz der aequitas als maßgebend für alle Schuldverhältnisse statuiert, dieses gemeinrechtliche Institut auch wirklich ganz zu decken?

Wir haben schon oben bei der Literaturbesprechung darauf hingewiesen, daß neuerdings sich die Theorie immer mehr zu einer bejahenden Auffassung bekennt, und die oben aufgeführten Reichsgerichtsentscheidungen lassen vollends über den Standpunkt unserer höchsten Gerichtsbehörde keinen Zweifel zu. Aber die Einwendungen gegen die exceptio doli generalis, wie sie zum Teil selbst von solchen vorgebracht werden, die der Vorschrift von Treu und Glauben gegenüber Parteidispositionen und ergänzenden Rechtssätzen zwingende Natur zuschreiben, sind doch derartige, daß sie auf ihre Berechtigung näher untersucht werden müssen.

So folgert z. B. der schon oben zitierte Langheineken aus der zwingenden Natur des § 242, soweit die Bewirkung einer Leistung nicht durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gefordert werde oder ihre Beanspruchung gar gegen Treu und Glauben verstoße, sei eine Verpflichtung zur Leistung überhaupt ausgeschlossen,[142]) demnach ein Einwand gegeben, nicht eine Einrede.

Ganz abgesehen davon, daß dieser ganzen Frage eine

---

141) Schneider a. a. O., S. 90.

142) Kuhlenbeck in der 2. Auflage von Staudingers Kom. zu § 242 Anm. 3.

untergeordnete Bedeutung beizumessen ist, da es für uns nur wichtig sein kann, zu entscheiden, ob dem Schuldner gestattet werden könne, sich mit Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer unbilligen Forderung überhaupt ablehnend zu verhalten, so ist die Behauptung Langheinekens auch keineswegs sachlich überzeugend.

Vielmehr verhält es sich mit der zwingenden Natur der Norm von Treu und Glauben und der Rücksicht auf die Verkehrssitte folgendermaßen:

Die exceptio doli generalis ist begründet, wenn in der Erhebung der Klage (in agendo) ein dolus liegt. Es ist nun selbstverständlich, daß eine solche Einwendung nur dann von rechtlicher Wirkung ist, wenn der Beklagte die Tatsachen vorbringt, welche ihm die materielle Widerrechtlichkeit der Klage trotz ihrer formellen Berechtigung darzulegen scheinen, denn der Vorwurf der Widerrechtlichkeit überhaupt, ohne nähere Substanziierung, ist heute schon deshalb unpraktisch, weil der Richter nicht wie der römische iudex ein einfaches Kondemnations- resp. Absolutionsurteil, sondern nur ein bis ins einzelne begründetes Urteil erlassen kann. Die Grundlagen dieses Urteils werden gebildet durch das von den Parteien beigebrachte Behauptungs- und Beweismaterial, und so wird auch eine Einrede nur dann prozessual wirksam, wenn der Beklagte die einredebegründenden Tatsachen anführt. Das Gericht hat nicht von Amts wegen den Sachverhalt zu untersuchen, es darf auch nicht sein etwaiges privates Wissen desselben verwerten, sondern nur das von den Parteien Vorgebrachte. So will es die Verhandlungsmaxime, die von der Zivilprozeßordnung für die Beschaffung der Urteilsgrundlagen als maßgebend anerkannt ist. Bezüglich Behauptungs- und Beweislast im Prozeß besteht kein Unterschied zwischen Einwand und Einrede, wie ja auch das Wort der Einrede im prozessualen Sprachgebrauch

viel umfassendere Anwendung findet, als das im Bürgerlichen Gesetzbuche der Fall ist. Es bleibt demnach dem freien Willen des Beklagten überlassen, ob er die einredebegründenden Tatsachen vorbringen, d. h. sein durch § 242 begründetes Recht geltend machen will oder nicht. Bringt er aber die betreffenden Tatsachen vor, dann kommt erst die zwingende Natur der Vorschriften von Treu und Glauben zur Geltung, insofern nämlich, als der Richter bei der Würdigung der Tatsachen nicht wie sonst, nach seinem freien Ermessen verfahren darf,[143]) sondern ex officio den objektiven Maßstab von Treu und Glauben unter tunlichster Berücksichtigung der Verkehrssitte anlegen muß. Was Treu und Glauben erfordert, und ob eine resp. welche Verkehrssitte besteht, das hat der Richter ex officio zu kennen und zu berücksichtigen. Aus diesem Grunde wird bei derartigen Sachen ein Laienrichter dem Berufsrichter überlegen sein, zumal wenn er mit den einschlägigen Verkehrsfragen durch seinen bürgerlichen Beruf vertraut ist. Ist die Verkehrssitte streitig, so ist nach Kuhlenbeck[144]) der § 293 (265) Z. P. O. analog anzuwenden, d. h. die Verkehrssitte bedarf des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt ist. Bei Ermittelung derselben ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Das ist heute die Bedeutung des Pandektensatzes: „exceptio doli generalis bonae fidei indiciis inest", und so ist der offizielle Charakter des § 242 unseres Erachtens zu verstehen.

---

143) Vgl. Staudinger a. a. O., II., zu § 242, zitiert oben S. 64, 65.
144) Kuhlenbeck a. a. O., II., S. 38.

Aber, wie oben schon bemerkt, diese ganze Frage ist nur von nebensächlicher Bedeutung, weil es uns in erster Linie darauf ankommt, ob dem Schuldner überhaupt gestattet werden kann, sich unter Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer Klage ablehnend zu verhalten, während es im übrigen lediglich in das Gebiet der Rechtstechnik gehört, ob dem Schuldner eine Einrede oder ein ipso iure wirkendes Verteidigungsmittel gewährt werden soll.

Viel wichtiger ist es aber zu entscheiden, wie wir uns sachlich zu § 242 zu stellen haben. Es stehen sich in dieser Beziehung zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen bezieht sich § 242 nur auf die „Art" der Erfüllung, das „Wie" der Leistung nach der anderen muß § 242 auch auf das „Ob" der Leistung ausgedehnt werden. Vertreten wird die erstere namentlich von Schneider, Schollmeyer[145] und Anderen.

Es ist auch kein Wunder, wenn die Vorschrift des § 242 von manchen rein nach dem Wortlaut ausgelegt wird. Es scheint auf den ersten Blick ganz einwandfrei, wenn gefolgert wird: § 241 sagt, der Gläubiger sei berechtigt, nach Maßgabe des Schuldverhältnisses vom Schuldner die Leistung zu fordern, und § 242, die geschuldete Leistung sei so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern. Also muß § 242 notwendig voraussetzen, daß ein Schuldverhältnis, eine Leistungspflicht besteht, und damit klar sein, daß sich die Norm des § 242 nur auf die „Art" der Leistung bezieht. Aber diese interpretatio stricta hat wenig Anklang gefunden, die Mehrzahl der Schriftsteller will nicht nur die Art der Erfüllung, sondern auch die Frage, ob überhaupt[146] eine Leistung vom Schuldner

145) Schneider a. a. O., S. 127. Schollmeyer a. a. O. zu § 242 sub. 4.

146) Vergl. namentlich: Neumann a. a. O., S. 130, zitiert oben S. 46. 47; Hartmann, Archiv für ziv Praxis 73, S. 373, zitiert oben S. 47; Rumpf a. a. O., S. 174, zitiert oben S. 47.

verlangt werden kann, der Beurteilung nach Treu und Glauben miterzogen wissen.

Auch hier gibt wieder Wendt[147]) eine äußerst zutreffende Begründung: Der Geist des § 242 dürfe nicht in so enge Fesseln geschlagen, sondern es müsse das Zugeständnis gemacht werden, daß die Norm von Treu und Glauben auch zur Ablehnung und Verweigerung der Leistung überhaupt Anlaß geben und dem Gläubiger als Kritik und Verurteilung seines Begehrens der Leistung entgegengehalten werden könne. Die Vorschrift des § 242, die ein Wortlaut allerdings nur für das Verhalten des Schuldners eine Richtschnur ziehe, sei geeignet, das Auftreten des Gläubigers ebenfalls denselben Grundsätzen zu unterwerfen. Dazu führe mit Notwendigkeit die Korrespondenz von Recht und Pflicht, von Forderung und Schuld. Denn, wenn der Schuldner nach den Anforderungen von Treu und Glauben und nur nach diesen zu leisten verpflichtet sei, so könne der Gläubiger auch darüber hinaus zu fordern nicht berechtigt sein.

Diesen Darlegungen Wendts haben wir nichts hinzuzufügen. Sie sprechen für sich selbst und stimmen ganz mit der zurzeit weit überwiegenden Meinung überein. So sagt z. B. Hartmann:[148])

„Wie der Gläubiger vom Schuldner alles verlangen kann, was die bona fides gebietet, so darf er andererseits auch nicht mehr und nicht eine stärkere Anspannung fordern, als es das Maß der schuldigen guten Treue mit sich bringt. Und an diesem Punkte gerade muß die von uns zu gebende Begründung unseres speziellen Problems einsetzen."

147) Wendt a. a. O., S. 86, 87, vergleiche auch Rehbein a. a. O. II, S. 13 oben zitiert S. 82, 83.

148) Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, S. 243.

Demnach haben sowohl Schuldner wie Gläubiger ihr gegenseitiges Verhalten nach Treu und Glauben einzurichten, und zwar ihr ganzes Verhalten. Der Schuldner muß die Leistung so und nur so bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern, aber auch der Gläubiger darf in seinem Vorgehen gegen den Schuldner nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, namentlich darf er von ihm eine Leistung überhaupt nicht verlangen, wenn ein solches Verlangen unbillig erscheint.

Nachdem wir uns nun soweit über die Bedeutung des § 242 klar geworden sind, ergibt sich auch mit Notwendigkeit die Folgerung, daß derselbe, zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Geiste nach die exceptio doli generalis enthält. Er erfüllt ganz den Zweck jenes gemeinrechtlichen Instituts, nämlich die Möglichkeit einer Abwehr gegen ein dem Buchstaben des Gesetzes nach begründetes, aber doch gegen die Grundsätze der Ethik, gegen Treu und Glauben verstoßendes Klagebegehren zu gewähren. Zwar ist nicht zu leugnen, daß der Umfang, in dem heute die exceptio doli generalis noch anwendbar ist, eine wesentliche Verringerung erfahren hat, da sehr viele der Fälle, wo das gemeine Recht dieses Rechtsbehelfes bedurfte, heute durch feste, auf demselben Gedanken beruhende Rechtssätze erledigt sind, wie das z. B. die Fälle der Aufrechnung, des Zurückbehaltungsrechtes und der Eviktion zeigen. Aber darum hat die exceptio doli generalis doch nicht aufgehört, das zu bleiben, was sie ihrem Kerne nach war, nämlich das Mittel, das den Grundsätzen von Treu und Glauben überall Geltung zu verschaffen vermochte und so dem Rechte die nötige Lebens- und Entwickelungsfähigkeit erhielt.

Übrigens zeigt das Gesetzbuch selbst den Weg, den der Richter bei Anwendung des § 242 zu gehen hat, denn es ist

im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Reihe von Bestimmungen vorhanden, wo mit ausdrücklicher Berufung auf Treu und Glauben ein bestimmter Rechtssatz für einen einzelnen Fall außer Anwendung gesetzt wird.

Dazu gehört zunächst § 815, welcher bestimmt, daß die sonst zulässige Rückforderung des Geleisteten wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges ausgeschlossen sein soll, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat. Einem sonst berechtigten Anspruch kann also das dolose Verhalten des Gläubigers, die Verhinderung des Erfolges wider Treu und Glauben entgegengehalten werden.

Ähnlich verhält es sich mit § 162, bei dem namentlich Absatz II. von Bedeutung ist: Dem creditor condicionalis gegenüber, welcher die ihm zum Vorteil gereichende, d. h. seine Gläubigerqualität begründende Bedingung wider Treu und Glauben selbst herbeigeführt hat, ist der Schuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigt. Zu der Vorschrift des Absatz I. ferner handelt es sich um die wider Treu und Glauben erfolgte Verhinderung des Eintritts einer auflösenden Bedingung. Wenn z. B. der Gläubiger einen Schulderlaß von einer Bedingung abhängig gemacht hat und dann deren Eintritt dolos verhindert, so hat der Schuldner ebenfalls das Recht der Leistungsverweigerung.

Endlich bestimmt § 320 II. für gegenseitige Verträge, wo beide Parteien zugleich Gläubiger und Schuldner sind, daß bei nur teilweiser Leistung von einer Seite der andere Teil sein nach § 320 I. an sich begründetes Recht der Leistungsweigerung insoweit nicht ausüben darf, als das, namentlich wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des Rückständigen, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Diese und ähnliche Gesetzesbestimmungen kann man zu

materiellen Rechtssätzen erstarrte Anwendungsfälle der exceptio doli generalis nennen. Jenes Institut war das treibende Element, welches sie hervorbrachte, und die allgemeine Einrede der Arglist muß das auch fernerhin bleiben zur Schaffung eines wirklich billigen Rechtes. Mit Umsicht angewendet, ist sie ein unentbehrliches Mittel, um die Härten des positiven Rechtes auszugleichen, indem sie im einzelnen Falle eine Rechtsausübung verhütet, die sich nach Treu und Glauben als ein Rechtsbruch darstellt.

Und so wird denn, wie Dernburg[149]) so schön sagt:

„durch Wissenschaft und Rechtspraxis neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein neues deutsches Bürgerliches Recht entstehen, vollständiger, freier als das Gesetz selbst; sein Leitstern ist nicht bloß das Wort des Gesetzes, das Bedürfnis des Lebens macht sich mit elementarer Macht geltend. Die Natur der Sache, Zweckmäßigkeit und Konsequenz finden hier einen unmittelbaren Ausdruck".

Aber wir dürfen nicht verkennen, daß damit unserem Richterstande eine Aufgabe gestellt ist, deren Erfüllung nicht nur treue Hingabe an den Beruf, sondern auch reiche Erfahrung fordert.

„Daß der Gebrauch der exceptio doli generalis", um mit diesen Worten Regelsbergers[150]) zu schließen, „eine feste, durch die Beschäftigung mit dem Recht gestählte Hand erfordert, wenn nicht Unheil angerichtet, Willkür an die Stelle des Rechtes gesetzt werden soll, darüber war man nie in Zweifel. Aber sollen die Erwachsenen der scharfen Messer entbehren, weil sich Kinder damit schneiden können? . . . . . Daher das ceterum censeo: wichtiger als gute Gesetze ist ein wissen-

---

149) Dernburg, Vorbemerkungen zum B. G. B. I. 1902.

150) Regelsberger, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 44, S. 435.

schaftlich durchgebildeter, seiner wichtigen Aufgaben bewußter, von allen hemmenden Rücksichten befreiter Juristenstand."

Aber der deutsche Richter wird sicherlich seiner Aufgabe gerecht werden und die in der zweiten Kommission gegen die Zulassung der exceptio doli generalis ausgesprochenen Befürchtungen zu Schanden machen, so daß diese exceptio der Rechtspflege nicht zum Fluche, sondern zum Segen gereichen wird.